

VISEGRAD JOURNAL

ON HUMAN RIGHTS

i

Nº 6 (volume 2), 2020

VISEGRAD JOURNAL ON HUMAN RIGHTS

№ 6 (volume 2), 2020

Editorial board

Slovak Republic

Prof. JUDr. Jan Svak, DrSc.
Doc. JUDr. Julius Kovach, CSc.
JUDr. Ivan Ikrényi, PhD., F.I.I.
JUDr. Denisa Soukenikova, PhD.
JUDr. Ivan Roháč, LL.M, MBA, PhD.
JUDr. Martina Řeřichová, PhD.
Prof. JUDr. Stanislav Mráz, CSc.
Prof. JUDr. Pavel Hollander, DrSc.
Prof. PhDr. JUDr. Milos Vecera, CSc.
Prof. JUDr. Jan Hurdik, DrSc.
JUDr. Alexandra Sestrienková
JUDr. Lukáš Cisko, Ph.D.
JUDr. Ivana Shoshková, PhD.
JUDr. Jozef Beňo, PhD.

Czech Republic

JUDr. Petr Poledník
Prof. JUDr. Jiří Jelínek, CSc.
JUDr. Zdenka Papoušková, Ph.D.
Doc. JUDr. Blanka Vítová, LL.M., Ph.D.
Doc. et doc. JUDr. Naděžda Shishková, Ph.D.
Prof. JUDr. Michal Skrejpek, DrSc.
Prof. JUDr. Jan Hurdik, DrSc.

Ukraine

Prof. JUDr. Yaroslav Lazur, DrSc.
Prof. JUDr. Dmytry Byelov, DrSc.
Prof. JUDr. Yuriy Bysaha, DrSc.
JUDr. Myroslava Hromovchuk, CSc.
Prof. JUDr. Oleksandr Roháč, DrSc.
Prof. JUDr. Viktor Zaborovskyy, DrSc.
Prof. JUDr. Ludmila Deshko, DrSc.

Romania

Assoc.prof. Daniel Berlinger, PhD.
Lect.univ.dr. Ioan Liviu Taut.
Prof. JUDr. Ivan Horka, PhD.

Poland

Prof. JUDr. Piotr Stanisł
Ph.D. Katarzyna Szwed

Ph.D. Marta Kolodziejczyk
Ph.D. Justyna Ciechanowska
Dr. Jarosław Storczyński
Dr. Grzegorz Maroń
Prof. dr hab. Janush Nichyporuk

Russian Federation

Prof. JUDr. Oleksandr Sevrakov, DrSc.
JUDr. Helena Shekk, PhD.

Moldova

Prof. JUDr. Valeriu Bujor
Prof. JUDr. Valeriu Čerba

Macedonia

Assoc. prof Zoran Filipovski, PhD.

Croatia

Prof. JUDr. Budislav Vukas jr., DrSc.

Hungary

Dr. Tímea Barzó
Dr. Varga Norbert
Dr. habil Csilla Csak, PhD
Dr. Erika Varadi-Csema, PhD, LL.M

Kazakhstan

Prof. JUDr. Kazbek Ukanov, DrSc.

Litva

Prof. JUDr. Arvid Struzhunas, DrSc.

Latvia

Doc. JUDr. Janis Grasis

Austria

Prof. JUDr. Bernd Wieser, DrSc.

Estonia

Prof. Tanel Kerikmäe
Dr Archil Chochia
LLM Madis Ernits

www.vjhr-journal.sk

Registered number: EV 5051/14

Publisher:



**PANEURÓPSKA
VYSOKÁ ŠKOLA**

Pan-European University
Faculty of Law Tomášikova,
10 Bratislava



Uzhhorod National
University
Faculty of Law
Kapitul'na, 26 Uzhhorod



Public organization
„LEX PRO OMNES”
Micrová, 2529 Humenné



Public organization
„Association of International
Educational and Scientific
Cooperation”
Kapitul'na, 26 Uzhhorod

ISSN 1339-7915

Contents

PROBLEMATIC ASPECTS OF TERM DEFINITION «FOREIGN LEGAL ENTITY» IN THE LAW OF UKRAINE.....	8
<i>Проблемні аспекти визначення терміну «іноземна юридична особа» в праві України</i>	
Olga Ovechkina	
CONCILIATION PROCEDURE FOR RESOLUTION OF COLLECTIVE LABOR DISPUTES UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE AND INDIVIDUAL FOREIGN COUNTRIES.....	13
<i>Примирна процедура вирішення колективних трудових спорів за законодавством України та окремих зарубіжних країн</i>	
Olga Pasechnik	
REQUIREMENTS TO EMPLOYEES AS A CATEGORY OF LABOR LAW.....	19
<i>Вимоги до працівників як категорія трудового права</i>	
Alina Ptashynska	
THE EVOLUTION OF THE FORMATION AND DEVELOPMENT OF A NATIONAL REFERENDUM IN UKRAINE	24
<i>Еволюція становлення та розвитку загальнодержавного референдуму в Україні</i>	
Anna Ravlyuk	
OBSERVANCE OF THE NON-DISCRIMINATION PRINCIPLE AS A CONDITION FOR THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JUSTICE	29
<i>Соблюдение принципа недискриминации как условие использования искусственного интеллекта в правосудии</i>	
Julia Repina	
SEA PROTEST: COMPARATIVE LEGAL CHARACTERISTIC OF NOTARIAL ACTION UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE, RUSSIA, AND SPAIN.....	35
Yelyzaveta Ryzhkova, Iryna Lukina, Oleh Karliuhin, Maryna Yunusova	
SPECIFIC FEATURES OF LEGAL PROTECTION OF LAND PLOTS FOR COTTAGE CONSTRUCTION IN UKRAINE.....	40
<i>Особенности правовой охраны земельных участков для дачного строительства в Украине</i>	
Stanislav Savchenko	
LEGAL PROBLEMS OF INFORMATION PROVIDING OF CONSUMER LENDING.....	45
Oleksandra Savchuk	
COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGAL REGULATIONS CRIMINALS FOR THE LOSS OF THE SECURITY IN THE OUTSKIRTS OF FOREIGN COUNTRIES AND UKRAINE	50
<i>Компаративний аналіз правової регламентації кримінальної відповідальності за порушення вимог пожежної безпеки в окремих зарубіжних країнах і Україні</i>	
Sofia Serdyuk	

ORIGIN AND DEVELOPMENT OF SCIENTIFIC CONCEPTS ABOUT LEGISLATION AND POLITICAL PLURALISM AS INTERACTIONS <i>Зародження та розвиток наукових уявлень про законотворчість та політичний плюралізм як взаємодіючі явища</i> Julia Shapran	54
PHILOSOPHICAL AND LEGAL ANTHROPOLOGY OF MAN..... <i>Філософсько-правова антропологія людини</i> Ivanna Shcherbai	60
ON THE ISSUE OF INVESTMENT RISK AND RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF INVESTMENT OBLIGATION: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS Iryna Shmilo	65
IMPROVEMENT OF THE SYSTEM OF FINANCING OF SOCIAL PROTECTION OF THE POPULATION IN THE CONTEXT OF REALIZATION OF THE GOALS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT <i>Вдосконалення системи фінансування соціального захисту населення в контексті реалізації цілей сталого розвитку</i> Oleksandr Shubalyi, Iryna Hrynyk	70
ON LEGAL REGULATION OF STATE AID REGARDING TAX INCENTIVES IN THE LAWS OF EUROPEAN UNION <i>Щодо правового закріплення державної допомоги стосовно податкових пільг у законодавстві Європейського Союзу</i> Denys Siiushov	75
THE CONCEPT AND CONTENT OF THE RIGHT OF THE PEOPLE TO FORM AND ADMINISTER JUSTICE Mikhaylo Sinyobok	82
THE CONCEPT OF GENDER-LEGAL EXPERTISE: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS <i>Поняття гендерно-правової експертизи: порівняльно правовий аналіз</i> Liudmyla Sirko	86
PROBLEMS OF LEGISLATIVE DEFINITION OF THE TERM «MEDICAL WORKER» AND ITS LEGAL STATUS <i>Проблеми законодавчого визначення терміну «медичний працівник» та його правового статусу</i> Olha Skochilyas-Pavliv, Khristina Shchur	91
ON OVERCOMING THE CULTURE OF MILITARISM IN THE MENTALITY OF MODERN HUMAN Iryna Smaznova	96
THE PRINCIPLE OF REASONABILITY IN LAW AS AN OBJECT OF LEGAL SECURITY IN UKRAINE <i>Принцип розумності в праві як об'єкт правового забезпечення в Україні</i> Bogdan Strashinsky	101

PUBLIC POTENTIAL IN FIGHT AGAINST CRIME IN UKRAINE: PROBLEMS OF REGULATORY REGULATION..... <i>Громадський потенціал у протидії злочинності в Україні: проблеми нормативно-правового регулювання</i> Vasyl Stroyich	106
DIRECTIONS FOR IMPROVING THE LEGISLATION OF UKRAINE ON COUNTERSIGNATURE TAKING INTO ACCOUNT FOREIGN EXPERIENCE..... <i>Напрями удосконалення законодавства України про контрасигнацію з урахуванням зарубіжного досвіду</i> Oleg Sushko	111
ACTIVITIES OF COURTS OF GENERAL JURISDICTION IN THE SYSTEM OF ENSURING THE CONSTITUTIONAL SECURITY OF UKRAINE Oksana Svitlyk	116
DIFFERENTIATED AND STAGE-FUNCTIONAL APPROACHES TO THE UNDERSTANDING OF THE PROCEDURAL AUTONOMY OF INVESTIGATOR..... <i>Диференційований і стадійно-функціональний підхід до розуміння процесуальної самостійності слідчого</i> Vladyslav Sydorchuk	119
CONCEPTUAL FRAMEWORK OF REGULATING CSR UNDER COMMERCIAL LAW BogdanTatkov	125
STATE POLICY: ACTIVITY ASPECT..... Denis Tikhomirov	130
LEGAL REGULATION OF ELECTRONIC PAYMENTS IN THE EUROPEAN UNION..... <i>Правове регулювання електронних розрахунків у Європейському Союзі</i> Ganna Titova	133
INSTITUTIONAL AND LEGAL SUPPORT OF THE ACTIVITIES OF TERRITORIAL COMMUNITIES: REALITIES AND CHALLENGES..... <i>Інституційно-правове забезпечення діяльності територіальних громад: реалії та виклики</i> Olga Tsitsyk	138
INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS OF THE RIGHT TO PEACEFUL PUBLIC <i>Міжнародно-правові стандарти права на мирні публічні зібрання</i> Olga Turchenko, Andriy Zagorodniuk	143
FOREIGN EXPERIENCE OF DETECTING AND INVESTIGATING CRIMES IN THE SECTOR OF HOUSING CONSTRUCTION <i>Зарубіжний досвід виявлення та розслідування злочинів у сфері будівництва житла</i> Rostyslav Umanets	149

INTERNATIONAL INSTITUTIONS IN THE TRANSITIONAL JUSTICE PROCESS <i>Міжнародні інституції в процесі правосуддя перехідного періоду</i> Lyubov Vatamanyuk	156
✓ GROUNDS FOR REIMBURSEMENT (COMPENSATION) FOR HARM CAUSED TO A PERSON BY ILLEGAL DECISIONS, ACTIONS OR OMISSIONS OF THE BODIES CARRYING OUT OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITIES, PRE-TRIAL INVESTIGATION, PROSECUTOR'S OFFICE OR COURT..... <i>Підстави відшкодування (компенсації) шкоди, завданої особі незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду</i> Anastasiia Vyltsan	162
✓ THE REGULATION OF CONFIDENTIALITY ENSURING RELATIONSHIPS BY A CONTRACT: PROBLEMS AND PERSPECTIVES..... <i>Договірне регулювання відносин із забезпечення конфіденційності: проблеми та перспективи</i> Dmytro Yakovlev	168
✓ LEGAL CHARACTERISTICS OF THE APARTMENT BUILDING MANAGEMENT AGREEMENT <i>Правова характеристика договору управління багатоквартирним будинком</i> Ludmyla Yakovlieva	173
✓ PUNISHMENT FOR CRIMES AGAINST BASES OF NATIONAL SAFETY IN THE SEPARATE COUNTRIES OF EUROPE (ON THE EXAMPLE OF AUSTRIA AND SPAIN) <i>Покарання за злочини проти основ національної безпеки в окремих країнах Європи (на прикладі Австрії та Іспанії)</i> Igor Yena	179
✓ THE RIGHT FOR SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL IMMUNITY AS AN ELEMENT OF VIOLENT SEXUAL CRIME <i>Право на статеву недоторканість та статеву недоторканість як ознака насильницьких статевих злочинів</i> Rymma Yurchenko	185
✓ COMPULSORY LICENSES FOR THE USE OF PATENTS FOR PHARMACEUTICAL PRODUCTS: THE EU REGULATION..... <i>Примусові ліцензії на використання патентів щодо фармацевтичної продукції: досвід ЄС</i> Roman Yurkiv	191
✓ CONCEPTUALIZATION OF INTENTIONAL ANALYSIS OF PROFESSIONAL ADVOCACY IN THE CONTEXT OF PHILOSOPHICAL AND LEGAL DISCOURSE..... <i>Концептуалізація інтенціонального аналізу професійної адвокатської діяльності в контексті філософсько-правового дискурсу</i> Olga Zaiats	196

THE GENESIS OF THE DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION OF RELATIONS ON THE RESTORATION OF THE SITUATION THAT EXISTED BEFORE THE VIOLATION, AS A WAY OF THE PROTECTION OF CIVIL RIGHTS.....	201
<i>Гене́за розви́тку право́вого регулюва́ння відно́син щодо відновле́ння стано́вища, яке існу́вало до пору́шення, як спосо́бу захи́сту циві́льних прав</i>	
Andriy Zhuk	
THE MECHANISM OF APPLICATION OF THE RESERVATION ON PUBLIC ORDER AS THE BASES OF REFUSAL IN RECOGNITION AND EXECUTION OF FOREIGN JUDICIAL AND ARBITRATION DECISIONS: INTRODUCTION TO PROBLEMS	207
<i>Меха́нізм засто́сування засте́реже́ння про публі́чний по́рядок як підста́ви відмови у визна́нні і вико́нанні інозе́мних судових та арбітра́жних ріше́нь: вступ до пробле́матики</i>	
Myhailo Latynskyi	
ELEMENTS OF ADMINISTRATIVE AND JURISDICTIONAL ACTIVITY OF CUSTOMS AUTHORITIES IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS PROTECTION.....	213
<i>Складові елементи адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності</i>	
Halyna Mydzhyn	
NORMATIVE SYSTEM OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF PROTECTION OF THE UKRAINIAN CARPATHIANS BY INTERNATIONAL LAW	
<i>Нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом</i>	
Dyachuk N.D.....	219
ANTHROPO-ORIENTED EVOLUTION OF INTERNATIONAL LAW AND ITS IMPACT ON THE CONTENT OF DIPLOMATIC PROTECTION	
<i>Антропоорієнтована еволюція міжнародного права та її вплив на зміст дипломатичного захисту</i>	
Krylov M. A.	226

PROBLEMATIC ASPECTS OF TERM DEFINITION «FOREIGN LEGAL ENTITY» IN THE LAW OF UKRAINE

Проблемні аспекти визначення терміну «іноземна юридична особа» в праві України

Olga Ovechkina

Ключові слова:

іноземна юридична особа, іноземне підприємство, іноземний суб'єкт господарювання, резидент, контрольована іноземна компанія

Keywords:

foreign legal entity, foreign enterprise, foreign business entity, resident, controlled foreign company

Вступ. В сучасних умовах розвитку міжнародних економічних відносин та інтернаціоналізації господарських зв'язків юридичні особи як учасники приватноправових відносин дедалі частіше мають різну державну належність. Кількість юридичних осіб, які визнаватимуться в Україні «закордонними», постійно збільшується, що викликає необхідність дослідження особливостей здійснення підприємницької діяльності в Україні іноземними юридичними особами, зокрема проблемних ситуацій, що виникають під час такої діяльності. При цьому пріоритетним завданням національної юридичної науки та українського законодавства має бути створення правової основи для забезпечення ефективного використання потенціалу іноземних юридичних осіб в інтересах розвитку національної економіки, залучення іноземних інвестицій в економіку України, захистку інтересів іноземних інвесторів тощо.

Здійснення підприємницької діяльності в Україні іноземними юридичними особами, при цьому можливо, серед іншого, шляхом створення юридичної особи (зокрема, підприємства з іноземними інвестиціями), представництва, філії або іншого відокремленого структурного підрозділу. Як відомо, правовий статус та правове регулювання діяльності таких юридичних осіб та організацій буде визначатись інакше, ніж національних юридичних осіб.

Постановка проблеми дослідження. Судовими інстанціями України неодноразово розглядалися спори із іноземним елементом, під час яких виникали певні складнощі із тлумаченням та відмежуванням таких понять як «іноземна юридична особа», «іноземний суб'єкт господарської діяльності» («іноземний суб'єкт господарювання»), «іноземне підприємство» (наприклад, постанова Вищого господарського суду України від 06.07.2010 у справі № 16/201-0-09, постанова Вищого господарського суду України 31.10.2017 у справі № 910/2707/17, ухвала Вищого адміністративного суду України від 23.02.2016 у справі № 811/3431/13-а та ін.). Крім того, в нормативно-правових актах банківського, митного, земельного, податкового та інших галузей права доволі часто застосовується термін «іноземна юридична особа», у нормах податкового права України застосовуються такі близькі за змістом до вказаного терміну як «нерезидент», «контрольована іноземна компанія». Зазначені обставини та відсутність нормативного визначення терміну «іноземна юридична особа» у національному законодавстві обумовлюють необхідність уточнення змісту вказаного поняття, а також близьких за змістом до нього інших юридичних термінів, їх співвідношення.

Проблематиці діяльності іноземних юридичних осіб в Україні присвячені численні наукові дослідження таких науковців-правників, як В. Е. Беляневич, О. О. Гукаленко, О. Р. Кібенко, В. М. Коссак, Л. В. Логуш, М. М. Сірант, Н. В. Павловська, В. В. Поєдинок, С. М. Хєда, О. Х. Юлдашев та інших. Однак згаданими авторами не приділено належної уваги питанням тлумачення терміну «іноземна юридична особа», що обумовлює звернення до зазначеної тематики.

Метою статті є дослідження проблемних аспектів визначення терміну «іноземна юридична особа» та близьких за змістом до нього інших юридичних термінів, їх співвідношення, в національному законодавстві України.

Виклад основного матеріалу. Із прийняттям у 2005 році Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон) ¹ здійснено кодифікацію норм міжнародного приватного права, в якому визначе-

¹ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 № 2709-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (дата звернення: 21.01.2021)

но, що іноземний елемент - ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється, серед іншого, у формі, коли хоча б один учасник правовідносин є іноземною юридичною особою.

Слід зазначити, що в Законі не міститься визначення «іноземна юридична особа», проте в ньому є норми щодо визначення особистого закону юридичної особи, а також іноземної організації, яка не є юридичною особою відповідно до права іноземної держави. Так, статтею 25 Закону встановлено, що особистим законом юридичної особи вважається право держави місцезнаходження юридичної особи. Для цілей цього Закону місцезнаходженням юридичної особи є держава, у якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави. Це означає, що при визначенні особистого закону юридичної особи закладено критерій заснування (створення) юридичної особи.

Частина третя статті 25 Закону зазначає, що за відсутності таких умов або якщо їх неможливо встановити, застосовується право держави, у якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи. Із вказаного слідує, що можливим є застосування критерію місцезнаходження юридичної особи як додаткового критерію при визначенні особистого закону іноземної юридичної особи.

Статтею 27 Закону встановлено, що особистим законом іноземної організації, яка не є юридичною особою відповідно до права держави, у якій така організація створена, вважається право цієї держави. Якщо така організація діє на території України, до її діяльності застосовується законодавство України, яке регулює діяльність юридичних осіб, якщо інше не випливає з вимог законодавства чи суті правовідносин.

Таким чином, факт створення та реєстрації юридичної особи, організації за законодавством, яке не є українським, у порядку, що встановлений іншою державою, є підставою для ідентифікації юридичної особи, організації в Україні як іноземної юридичної особи, іноземної організації. Це свідчить про те, що за загальним правилом, на підставі критерію місця створення юридичної особи українське законодавство здійснює розмежування юридичних осіб на іноземних та національних.

Необхідно підкреслити, що термін «іноземна юридична особа» не слід ототожнювати із терміном «іноземне підприємство». Відповідно до ч. 1 ст. 117 Господарського кодексу України 2003 року (далі – ГКУ) іноземним підприємством є унітарне або корпоративне підприємство, створене за законодавством України, що діє виключно на основі власності іноземців або іноземних юридичних осіб, або діюче підприємство, придбане повністю у власність цих осіб². Згідно з положеннями ч. 2 ст. 63 ГКУ у разі якщо в статутному капіталі підприємства іноземна інвестиція становить не менш як десять відсотків, воно визнається підприємством з іноземними інвестиціями. Підприємство, в статутному капіталі якого іноземна інвестиція становить сто відсотків, вважається іноземним підприємством.

З положень ст. 396 ГКУ та вищезазначеного слідує, що іноземне підприємство є підприємством з іноземними інвестиціями, в якому дотримується вимога щодо його учасників та майна. Ключовою ознакою у даному випадку є те, що іноземне підприємство створюється за законодавством України та розглядається як національний суб'єкт права. Тому можна стверджувати, що в такому випадку також застосовується критерій заснування.

Положеннями статті 1 Закону «Про режим іноземного інвестування» та статті 116 ГКУ визначено, що підприємство набуває статусу підприємства з іноземними інвестиціями з дня зарахування іноземної інвестиції на його баланс.

Разом із цим, статтею 392 ГКУ передбачено, що іноземні інвестори мають право здійснювати всі види інвестицій, зазначені у статті 391 цього кодексу, у таких формах: участь у господарських організаціях, що створюються разом з вітчизняними юридичними особами чи громадянами, або придбання частки в діючих господарських організаціях; створення іноземних підприємств на території України, філій або інших структурних підрозділів іноземних юридичних осіб або придбання у власність діючих підприємств; придбання безпосередньо нерухомого або рухомого майна, що не заборонено законами України, або придбання акцій чи інших цінних паперів; придбання самостійно або за участю громадян чи вітчизняних юридичних осіб прав користування землею та використання природних ресурсів на території України; господарська діяльність на основі угод про розподіл продукції; придбання інших майнових прав; в інших формах, не заборонених законом. Крім того, у вказаній статті 117 ГКУ зазначено щодо можливості, серед іншого, придбання іноземним інвестором у власність діючого підприємства, що має наслідком набуття останнім статусу іноземного підприємства.

З огляду на викладене, можна цілком погодитись із думкою Є. О. Липницької, яка зазначає, що «здійснення іноземними інвесторами господарських операцій, які мають наслідком набуття прав засновників (корпоративних прав) щодо підприємств, але не супроводжуються передачею останнім майна, є проявом іноземного інвестування так само, як і внесення іноземних інвестицій до статутного капіталу підприємств»³.

² Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 №436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 21.01.2021)

³ Липницька Є. О. Набуття правового статусу підприємств з іноземними інвестиціями. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. Випуск 42. 2017. С. 119-124

Таким чином, аналіз низки зазначених законодавчих положень призводить до висновків, що набуття статусу підприємства з іноземними інвестиціями не має обмежуватись однією лише такою підставою, як зарахування іноземної інвестиції на баланс підприємства, але й передбачати інші умови, наприклад, придбання іноземним інвестором акцій, прав засновника діючого підприємства тощо.

Крім того, не слід ототожнювати із терміном «іноземна юридична особа» термін «іноземний суб'єкт господарювання», який використовується у ГКУ та Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» 1991 року. Так, згідно змісту статті 129 ГКУ термін «іноземна юридична особа» є вужчим за термін «іноземний суб'єкт господарювання». До іноземних суб'єктів господарської діяльності можна віднести не тільки юридичних осіб, але й фізичних осіб – підприємців у зв'язку із тим, що вони не є юридичними особами, однак мають постійне місце проживання за межами України. При цьому слід згадати статтю 19 Закону, в якій визначено, що право фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності визначається правом держави, у якій фізична особа зареєстрована як підприємець. За відсутності в державі вимог щодо обов'язкової реєстрації застосовується право держави основного місця здійснення підприємницької діяльності¹.

Як відомо, правовий статус іноземного суб'єкта господарської діяльності підтверджується, за загальним правилом, випискою з торгівельного (судового, банківського) реєстру держави, в якій такий суб'єкт зареєстрований. Це означає, що критерій місця створення (заснування) фактично використовується при розмежуванні національних та іноземних суб'єктів господарювання.

Статтю 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» 2003 року визначено, що для державної реєстрації створення юридичної особи (у тому числі в результаті виділу, злиття, перетворення, поділу), якщо засновником є юридична особа-нерезидент, подаються, серед іншого, витяг, виписка чи інший документ з торговельного, банківського, судового реєстру тощо, що підтверджує реєстрацію юридичної особи - нерезидента в країні її місцезнаходження².

Натомість, в статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» 1991 року³, зазначається, що іноземним суб'єктом господарської діяльності є суб'єкти господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання за межами України. Разом із цим, постійне місцезнаходження розуміється як місцезнаходження офіційно зареєстрованого головного органу управління (контори) суб'єкта господарської (зовнішньоекономічної) діяльності. Як слідує із вищезазначеного, в цьому законі використовується критерій місцезнаходження іноземного суб'єкта господарювання, що суперечить положенням ч. 2 ст. 25 Закону, в якому як основний критерій визначення правового статусу іноземної юридичної особи закріплено критерій місця створення (заснування) юридичної особи.

В Законі України «Про режим іноземного інвестування» 1996 року застосовується термін «іноземні інвестори», до яких віднесено, серед іншого, юридичних осіб, створених відповідно до законодавства іншого, ніж законодавство України⁴. Із цього слідує, що юридично для національного права такі суб'єкти є саме іноземними юридичними особами, що встановлено на основі застосування критерію заснування юридичної особи.

Також слід зазначити, що у податковому праві застосовується термін «іноземні компанії», який охоплює, як вбачається зі змісту податкового законодавства, і іноземних юридичних осіб, і організації, що не є юридичними особами. Крім того, у Податковому кодексі України (далі – ПКУ) міститься більш широкий за змістом термін - «нерезиденти», якими є, зокрема, іноземні компанії, організації, утворені відповідно до законодавства інших держав, їх зареєстровані (акредитовані або легалізовані) відповідно до законодавства України філії, представництва та інші відокремлені підрозділи з місцезнаходженням на території України (пп. 14.1.122 п. 14.1 ст. 14 ПКУ)⁵.

До цього слід додати, що термін «іноземна юридична особа» містився в Декреті Кабінету Міністрів «Про податок на прибуток підприємств і організацій» від 26.12.1992 № 12-92, що втратив чинність на підставі Закону України «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 14.09.2006 № 139-V. Так, у згаданому акті було зазначено, що іноземна юридична особа - це підприємство,

¹ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005№ 2709-IV. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (дата звернення: 21.01.2021)

² Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.05.2003 № 755-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text> (дата звернення: 21.01.2021)

³ Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 № 959-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text> (дата звернення: 21.01.2021)

⁴ Про режим іноземного інвестування : Закону України від 19.03.1996 № 93/96-ВР.URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 21.01.2021)

⁵ Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (дата звернення: 21.01.2021)

що створено за законодавством іншим, ніж законодавство України, і знаходиться за межами України⁶. Таке розуміння терміну «іноземна юридична особа» не є актуальним для сучасного національного законодавства, так як суперечить нормам Закону (в частині суміщення одразу двох критеріїв – створення та місцезнаходження юридичної особи).

Крім того, 23.05.2020 набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві», яким введено такий новий термін як «контрольована іноземна компанія», що визначається як іноземна юридична особа, яка наділена правом володіти активами, мати права та обов'язки, здійснювати діяльність від власного імені незалежно від засновників, учасників та форми власності; утворення без статусу юридичної особи, зокрема, іноземні партнерства, трасти, фонди, а також нерезиденти, організаційно-правова форма яких входить до Переліку, затвердженого Кабінетом Міністрів України відповідно до підпункту «г» пп.39.2.1.1 п.39.2.1 п.39.2 ст.39 Кодексу, які не є юридичними особами⁷. Запровадження такого інституту в праві сучасних держав зумовлена діяльністю компаній в так званих «офшорних юрисдикціях», у зв'язку із чим бюджети держав не отримують значних сум доходів від їх діяльності. При цьому основна ідея запровадження такого інституту полягає у прирівнянні прибутку іноземної офшорної компанії до особистого доходу її акціонера, а тому резиденти України (юридичні або фізичні особи) будуть мати обов'язок подавати спеціальну звітність у податкові органи та сплачувати податок з нерозподілених прибутків «своїх» компаній, які зареєстровані за кордоном.

Таким чином, у податковому праві України терміни «нерезидент», «контрольовані іноземні компанії» охоплюють як юридичних осіб, так і організації, що не мають статусу юридичної особи. При цьому, для позначення вказаних спеціальних галузевих термінів також використовується термін «іноземна юридична особа». Зі змісту вказаних норм вбачається, що при розмежуванні на національних або іноземних суб'єктів права держава спирається на критерії, закладені Законом, але, бажаючи захистити власні інтереси, зокрема економічні, запроваджує такі способи оподаткування осіб, які фактично призводять до застосування критерію контролю.

Висновки. Проведене дослідження надає можливість стверджувати, що в різних галузях приватного і публічного права України використовується термін «іноземна юридична особа», а також близькі за його змістом інші юридичні терміни, специфіка застосування яких залежить від сфери дії правових норм визначеної галузі права. За загальним правилом, на підставі критерію місця створення юридичної особи українське законодавство здійснює розмежування юридичних осіб на іноземних та національних. Нормами Закону визначається тільки критерій визначення особистого закону юридичної особи.

Враховуючи зазначене, пропонується нормами цивільного законодавства, а саме Законом України «Про міжнародне приватне право», визначити термін «іноземна юридична особа»: іноземна юридична особа – юридична особа, яка зареєстрована або іншим чином створена згідно права іншої держави. Реалізація зазначених пропозицій сприятиме усуненню неоднозначного застосування правових норм національного законодавства.

Анотація.

У статті досліджується проблемні питання, що обумовлені здійсненням підприємницької діяльності в Україні іноземними юридичними особами. Установлено, що, не зважаючи на широке застосування терміну «іноземна юридична особа», його легальне закріплення у національному законодавстві відсутнє. У зв'язку із цим постає необхідність в уточненні змісту зазначеного терміну, близьких за змістом до нього інших юридичних термінів, їх розмежуванні, а також аналізі особливостей визначення критерію, за допомогою якого здійснюється ідентифікація суб'єктів права як національних або іноземних юридичних осіб в Україні. Сформульовано пропозиції щодо визначення нормами цивільного права України терміну «іноземна юридична особа».

Summary.

The article examines the problematic issues caused by the implementation of business activities in Ukraine by foreign legal entities. It is established that, despite the widespread use of the term “foreign legal entity”, its legal enshrinement in national law is absent. In this regard, there is a need to clarify the content of this term, similar in content to other legal terms, their delimitation, as well as analysis of the features of determining the criterion by which the identification of legal entities as national or foreign legal entities in Ukraine. Proposals have been formulated to define the term “foreign legal entity” in the civil law of Ukraine.

⁶ Про податок на прибуток підприємств і організацій : Декрет Кабінету Міністрів України від 26.12.1992 № 12-92. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/12-92#Text>(дата звернення: 21.01.2021)

⁷ Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві : Закон України від 16.01.2020 № 466-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-20#n2> (дата звернення: 21.01.2021)

References:

1. Pro mizhnarodne pryvatne pravo : Zakon Ukrainy vid 23.06.2005 № 2709-IV. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
2. Hospodarskyi kodeks Ukrainy : Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 № 436-IV. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
3. Lypnytska Ye. O. Nabuttia pravovoho statusu pidpriemstv z inozemnymi investytsiamy. Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Serii Pravo. Vypusk 42. 2017. S. 119-124 [in Ukrainian].
4. Pro mizhnarodne pryvatne pravo : Zakon Ukrainy vid 23.06.2005 № 2709-IV. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
5. Pro zovnishnoekonomichnu diialnist : Zakon Ukrainy vid 16.04.1991 № 959-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
6. Pro rezhym inozemnoho investuvannia : Zakonu Ukrainy vid 19.03.1996 № 93/96-VR. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-%D0%B2%D1%80#Text> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
7. Pro derzhavnu reiestratsiiu yurydychnykh osib, fizychnykh osib-pidpriemstv ta hromadskykh formuvan: Zakon Ukrainy vid 15.05.2003 № 755-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
8. Podatkovi kodeks Ukrainy : Zakon Ukrainy vid 02.12.2010 № 2755-VI. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
9. Pro podatok na prybutok pidpriemstv i orhanizatsii : Dekret Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 26.12.1992 № 12-92. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/12-92#Text>(data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].
10. Pro vnesennia zmin do Podatkovoho kodeksu Ukrainy shchodo vdoskonalennia administruvannia podatkiv, usunennia tekhnichnykh ta lohichnykh neuzgodzhenosti u podatkovomu zakonodavstvi : Zakon Ukrainy vid 16.01.2020 № 466-IX. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-20#n2> (data zvernennia: 21.01.2021) [in Ukrainian].

Olga Ovechkina,

Postgraduate student of V.M. Koretsky

Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine

<https://orcid.org/0000-0001-6105-887X>

CONCILIATION PROCEDURE FOR RESOLUTION OF COLLECTIVE LABOR DISPUTES UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE AND INDIVIDUAL FOREIGN COUNTRIES

Примирна процедура вирішення колективних трудових спорів за законодавством України та окремих зарубіжних країн

Olga Pasechnik

Key words:

collective labor disputes, collective labor conflicts, conciliation procedure for resolution of collective labor disputes (conflicts), legislation of Ukraine, draft Labor Code of Ukraine, legislation of individual foreign countries.

Ключові слова:

колективні трудові спори, колективні трудові конфлікти, примирна процедура вирішення колективних трудових спорів (конфліктів), законодавство України, проект Трудового кодексу України, законодавство окремих зарубіжних країн.

Постановка проблеми. Удосконалення механізму вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) є актуальною проблемою сучасного трудового права України. Складовою зазначеного механізму є примирна процедура, що на сьогодні є основною стадією вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) за законодавством України, Литовської Республіки та Республіки Молдова.

Вивчення зарубіжного законодавчого досвіду регламентації примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) є актуальним не тільки для внесення пропозицій із удосконалення актів чинного законодавства України в цій сфері, але й проекту Трудового кодексу України, що готується до прийняття у другому читанні.

Ступінь наукової розробки проблеми. Питання правової регламентації примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) досліджуються у працях українських і зарубіжних науковців, таких, як В.Я. Бурак, В.М. Дейнека, С.І. Запара, В.Л. Костюк, В.В. Лазор, А.М. Лушніков, М.В. Лушнікова, М.Л. Лютов, С.М. Прилипко, Г.І. Чанишева, О.М. Ярошенко та ін. Водночас у вітчизняній літературі ще не було здійснено порівняльно-правового аналізу правового регулювання примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) за актами чинного законодавства України, проектом Трудового кодексу України, актами трудового законодавства Литовської Республіки і Республіки Молдова.

Метою статті є здійснення порівняльно-правового аналізу етапів примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) за законодавством України, Литовської Республіки і Республіки Молдова, а також внесення теоретично обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення чинного національного законодавства в цій сфері.

Для досягнення зазначеної мети у статті вирішуються такі завдання:

- охарактеризувати законодавство України, Литовської Республіки і Республіки Молдова в частині регламентації примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів);
- визначити поняття примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) за законодавством України, Литовської Республіки і Республіки Молдова;
- виділити етапи примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) за законодавством України, Литовської Республіки і Республіки Молдова;
- сформулювати пропозиції щодо вдосконалення актів чинного національного законодавства, проекту Трудового кодексу України в частині регламентації примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) з урахуванням позитивного законодавчого досвіду Литовської Республіки і Республіки Молдова.

Методологічну основу статті складає система взаємопов'язаних загальнонаукових та спеціальних методів наукового дослідження, застосування яких забезпечує достовірність знання та вирішення постав-

лених цілей і завдань. Під час дослідження були використані такі методи: порівняльно-правовий, системно-структурний, аналітико-синтетичний, логіко-юридичний, теоретико-правового моделювання.

Виклад основного матеріалу. Примирні процедури як засіб вирішення колективних трудових спорів застосовуються практично в усіх країнах. Як відзначають Г.І. Чанишева і В.М. Дейнека, у світовій практиці найменування стадій примирних процедур вирішення колективних трудових спорів може бути різним, однак їх сутність завжди зводиться до трьох основних форм: вирішення спору самими сторонами без участі сторонніх осіб; примирення за участю посередника; трудовий арбітраж. Зазначені форми поєднуються різним чином¹. В одних країнах сторони повинні одразу звертатися до посередника, в інших вони зобов'язані провести попередні переговори з примирення без участі посередників і арбітрів.

Примирна процедура вирішення колективних трудових спорів (колективних трудових конфліктів) регулюється Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» (ст.ст.8-12) від 3 березня 1998 року², Частиною IV «Трудові спори» Трудового кодексу Литовської Республіки³, главою I «Загальні положення» і главою III «Вирішення колективних трудових конфліктів» розділу XII «Трудова юрисдикція» Трудового кодексу Республіки Молдова від 28 березня 2003 року⁴.

У законодавчих визначеннях колективного трудового спору (конфлікту) в Україні, Литовській Республіці та Республіці Молдова акцент зроблено на предметі такого спору (конфлікту), тобто колі питань, за якими спір (конфлікт) називається саме колективним трудовим спором (конфліктом), і сторонах (суб'єктах) спору (конфлікту). Відповідно до ст. 2 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» колективний трудовий спір (конфлікт) – це розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудових відносин, щодо:

- а) встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту;
- б) укладення чи зміни колективного договору, угоди;
- в) виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень;
- г) невиконання вимог законодавства про працю.

У частині першій ст. 357 Трудового кодексу Республіки Молдова колективні трудові конфлікти визнаються як неврегульовані розбіжності між працівниками (їх представниками) і роботодавцями (їх представниками) щодо встановлення і зміни умов праці (в тому числі заробітної плати), ведення колективних переговорів, укладення, зміни і виконання колективних трудових договорів і колективних угод, відмови роботодавця врахувати думку представників працівників при прийнятті на підприємстві правових актів, які містять норми трудового права, а також розбіжності, що стосуються економічних, соціальних і культурних інтересів працівників, які виникли на різних рівнях між соціальними партнерами.

На відміну від законодавчих актів України і Республіки Молдова у ТК Литовської Республіки колективні трудові спори класифікуються залежно від предмету спору і суб'єктів, які беруть участь у трудовому спорі, на колективні трудові спори про право та колективні трудові спори про інтереси. Відповідно до частини четвертої ст. 213 ТК Литовської Республіки колективний трудовий спір право – розбіжність між представниками працівників, з однієї сторони, і роботодавцем або організаціями роботодавців, з іншої сторони, у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням норм трудового права чи взаємних угод. Згідно з частиною п'ятою цієї статті колективний трудовий спір про інтерес – розбіжність між представниками працівників, з однієї сторони, і роботодавцем або організаціями роботодавців, з іншої сторони, що виникає у зв'язку з регламентуванням взаємних прав і обов'язків сторін або установленням норм трудового права.

ТК Литовської Республіки відрізняється від законодавчих актів України і Республіки Молдова не тільки класифікацією колективних трудових спорів, але й різним порядком їх розгляду в рамках примирної процедури.

У зазначених визначеннях поняття колективного трудового спору (конфлікту) не йдеться про органи, що їх розглядають і вирішують. Цьому присвячені окремі норми законодавчих актів України, Литовської Республіки і Республіки Молдова.

Послідовність розгляду і вирішення колективного трудового спору (конфлікту) визначена ст. 7 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», відповідно до якої розгляд колективного трудового спору (конфлікту) здійснюється з питань, передбачених:

- пунктами «а» і «б» статті 2 цього Закону, – примирною комісією, а в разі неприйняття рішення у строки, встановлені статтею 9 цього Закону, – трудовим арбітражем;
- пунктами «в» і «г» статті 2 цього Закону, – трудовим арбітражем.

¹ Чанишева Г.І. Примирні процедури вирішення колективних трудових спорів : монографія / Г.І. Чанишева, В.М. Дейнека. Одеса: Фенікс, 2016. С. 169.

² Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. №34. Ст. 227.

³ Трудовой кодекс Литовской Республики: Утв. Законом Литовской Республики от 14 сентября 2016 г. № XII-2603. <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/77e984b2340a11e8a149e8cfbedd2503?jfwid=k3id7tf7e>

⁴ Трудовой кодекс Республики Молдова от 28 марта 2003 года. <http://lex.justice.md/ru/326757/>

Колективні трудові спори (конфлікти), передбачені пунктами «а» і «б» статті 2 Закону, за своїм предметом є спорами (конфліктами) про інтереси, а колективні трудові спори (конфлікти), передбачені пунктами «в» і «г» статті 2 Закону – спорами (конфліктами) про право. Законом України передбачені різні етапи примирної процедури їх вирішення

У ТК Республіки Молдова примирна процедура вирішення колективного трудового конфлікту полягає тільки у створенні примирної комісії. Згідно з частиною першою ст. 359 примирна процедура здійснюється між сторонами конфлікту в рамках примирної комісії.

Відповідно до ТК Литовської Республіки колективні трудові спори про право розглядаються в такому самому порядку, як і індивідуальні трудові спори про право. Згідно з частиною першою ст. 216 трудові спори про право розглядаються:

- комісією з трудових спорів;
- судом.

Частиною другою зазначеної статті передбачається, що трудові спори про право можуть розглядатися в комерційному арбітражі відповідно до Закону Литовської Республіки про комерційний арбітраж, якщо такий розгляд буде погоджено сторонами пізніше ніж виник спір.

Колективні трудові спори про інтерес розглядаються в порядку, встановленому нормами розділу III ТК Литовської Республіки. Передбачається, що колективний трудовий спір про інтереси в першу чергу має бути розглянутий у створеній обома сторонами такого спору комісії з колективного трудового спору про інтереси (далі – комісія зі спору). Порядок утворення комісії зі спору суттєво не відрізняється від порядку утворення примирної комісії за ст. 8 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» і ст. 359 ТК Республіки Молдова.

Поняття примирної процедури закріплене лише у ТК Республіки Молдова. Частиною третьою ст. 357 передбачається, що примирна процедура – розгляд колективного трудового конфлікту в цілях його вирішення в рамках примирної комісії.

Українські вчені Г.І. Чанишева і В.М. Дейнека на підставі норм Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» пропонують визначити примирну процедуру щодо колективних трудових спорів (конфліктів) як розгляд колективного трудового спору (конфлікту) в цілях його вирішення примирною комісією, в тому числі за участю незалежного посередника, та(або) в трудовому арбітражі⁵. Слід підтримати пропозицію вчених закріпити це визначення в Законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

Перевагою Закону України порівняно з ТК Литовської Республіки є визначення поняття примирної комісії і трудового арбітражу (ч. 1 ст.8, ч.1 ст.11), в яких акцентується увага на головному призначенні цих органів – вироблення рішення, що може задовольнити сторони колективного трудового спору (конфлікту), та прийняття рішення по суті трудового спору (конфлікту), а також складі зазначених органів.

Примирна комісія (комісія зі спору за ТК Литовської Республіки) утворюється із рівної кількості представників сторін спору (конфлікту). При цьому за Законом України і ТК Республіки Молдова ініціатором утворення примирної комісії може бути як одна, так і інша сторона. У той час як за ТК Литовської Республіки з ініціативою утворення комісії зі спору можуть виступити тільки представники працівників, які в письмовій формі призначають до її складу не більше п'яти членів. Як видається, у Законі України і ТК Республіки Молдова закріплено більш збалансований підхід до утворення примирної комісії, оскільки з такою ініціативою може виступити й роботодавець та його представники.

Основна мета примирної комісії (комісії зі спору) полягає у примиренні сторін колективного трудового спору (конфлікту) і досягненні консенсусу між представниками сторін у його вирішенні. Рішення примирної комісії (комісії зі спору) приймається шляхом досягнення угоди між сторонами в самій комісії. При цьому в Законі України відсутня норма про порядок прийняття рішення примирною комісією. Відповідна норма закріплена в Положенні про примирну комісію, затвердженому наказом Національної служби посередництва і примирення від 18 листопада 2008 року №130⁶. Заслужують на увагу положення ст. 359 ТК Республіки Молдова і ст. 236 ТК Литовської Республіки, якими передбачений порядок прийняття рішення примирною комісією (комісією зі спору).

Статтею 9 Закону України і ст. 359 ТК Республіки Молдова встановлюється обов'язкова сила рішення примирної комісії для сторін спору (конфлікту). Відповідна норма відсутня у ст. 236 ТК Литовської Республіки. Водночас на відміну від Закону України і ТК Республіки Молдова у частині шостій зазначеної статті передбачені чотири варіанти рішення, що можуть бути винесені комісією зі спору на підставі консенсусу, що доцільно було б закріпити й у ст. 9 Закону України. У частині восьмій ст. 359 ТК Республіки Молдова також встановлений обов'язок примирної комісії передати рішення сторонам конфлікту протягом 24 годин з моменту винесення.

⁵ Чанишева Г.І. Примирні процедури вирішення колективних трудових спорів : монографія / Г.І. Чанишева, В.М. Дейнека. Одеса: Фенікс, 2016. С. 167.

⁶ Положення про примирну комісію: Затверджено наказом Національної служби посередництва і примирення від 18-11.2008 №130. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0130299-08/print>

Посередництво та його роль у примиренні сторін колективного трудового спору (конфлікту) неоднаково врегульоване Законом України і ТК Литовської Республіки, а у ТК Республіки Молдова відповідні норми відсутні. Законом України не передбачено вирішення колективного трудового спору (конфлікту) незалежним посередником як самостійний етап примирної процедури. Незалежний посередник залучається примирною комісією до її складу в разі потреби і його роль відповідно до ст. 10 Закону полягає в тому, що він сприяє встановленню взаємодії між сторонами, проведенню переговорів, бере участь у виробленні примирною комісією взаємоприйнятного рішення.

На відміну від Закону України у ТК Литовської Республіки посередництву присвячені три статті (ст.ст. 237-239), якими визначені поняття посередника та порядок його вибору, процедуру посередництва та її результати. У частині першій ст. 237 посередник визначається як неупереджений незалежний експерт, який допомагає сторонам колективного трудового спору про інтереси погодити свої інтереси і досягнути компромісну угоду, що задовольняє обидві сторони. Посередника обирає комісія зі спору на підставі консенсусу. Посередник проводить засідання з посередництва, а по закінченні посередництва приймає рішення, чотири варіанти якого передбачені ст. 239 Кодексу.

Утворення трудового арбітражу і вирішення ним колективного трудового спору (конфлікту) регламентуються ст. ст. 7, 11 і 12 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» і ст.ст. 240-242 ТК Литовської Республіки. За Законом України і ТК Литовської Республіки трудовий арбітраж не є постійно діючим органом. До складу трудового арбітражу відповідно до частини першої ст. 11 Закону України входять залучені сторонами фахівці, експерти та інші особи. Законом не передбачена конкретне число членів трудового арбітражу. Передбачається, що кількісний і персональний склад трудового арбітражу визначається за згодою сторін. Натомість у частині третій ст. 240 ТК Литовської Республіки трудовий арбітраж складається з трьох арбітрів. Однією з особливостей утворення трудового арбітражу за ТК Литовської Республіки є те, що цей орган утворюється при територіальному відділенні Державної інспекції праці, на території якого знаходиться місцезнаходження роботодавця або організації роботодавців.

Існують відмінності у підвідомчості спорів трудовому арбітражу між українським і литовським законодавствами. Якщо за ТК Литовської Республіки трудовому арбітражу підвідомчі виключно колективні трудові спори про інтерес, визначення яких наводилося вище, то за Законом України трудовий арбітраж утворюється за ініціативою однієї із сторін або незалежного посередника як для розгляду колективних трудових спорів (конфліктів) з питань встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту, укладення чи зміни колективного договору, угоди у разі неприйняття примирною комісією погодженого рішення із зазначених питань, так і виникнення колективного трудового спору (конфлікту) з питань виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень та невиконання вимог законодавства про працю.

Отже, якщо застосувати класифікацію колективних трудових спорів у ТК Литовської Республіки на колективні трудові спори про право та колективні трудові спори про інтереси до зазначених вище спорів, то трудовому арбітражу за Законом України підвідомчі обидві категорії спорів. Такий підхід національного законодавця до визначення підвідомчості спорів трудовому арбітражу видається спірним. Як видається, у даному випадку заслуговує на увагу позиція литовського законодавця, який відносить до компетенції трудового арбітражу тільки розгляд колективного трудового спору про інтереси.

У Законі України не закріплена імперативна норма про обов'язковість для сторін рішення трудового арбітражу. Для визнання його обов'язковості необхідна попередня домовленість сторін про це.

Натомість у частині сьомій ст. 242 ТК Литовської Республіки зазначено, що рішення трудового арбітражу є обов'язковим для сторін колективного трудового спору про інтереси. Рішення трудового арбітражу визнано виконавчим документом, який виконується в порядку, передбаченому Цивільним процесуальним кодексом Литовської Республіки. У рішенні можуть бути передбачені наслідки його невиконання на користь іншої сторони і встановлено обов'язок іншої сторони, яка не виконала це рішення по закінченню встановленого строку, сплатити штраф, максимальний розмір якого і період, за який цей штраф має бути сплачений, передбачені у частині сьомій ст. 242 Кодексу. Зазначені норми заслуговують на увагу національного законодавця.

Висновки. Правове регулювання примирної процедури вирішення колективного трудового спору (конфлікту) в Україні, Литовській Республіці і Республіці Молдова здійснюється на законодавчому рівні: в Україні – спеціальним Законом, у Литовській Республіці і Республіці Молдова – окремими главами (розділами) трудових кодексів. У цьому аспекті законодавчий досвід Литовської Республіки і Республіки Молдова представляє інтерес для національного законодавця, оскільки в чинному Кодексі законів про працю України¹ відповідні норми відсутні, з чим не можна погодитися. У ст. 2 КЗпП України серед основних трудових прав працівників закріплене право на вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) у встановленому законом порядку, в той час як нормами цього Кодексу дане право юридично не забезпе-

¹ Кодекс законів про працю України: Затв. Законом УРСР від 10 грудня 1971 №322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Додаток до №50. Ст. 375.

чено. Зазначена прогалина не усунена й у проекті Трудового кодексу України², в якому тільки одна стаття 337 «Колективний трудовий спір» Книги шостої «Колективні трудові відносини» містить бланкетну норму з посиланням на закон.

Примирні процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) за Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», ТК Литовської Республіки і ТК Республіки Молдова мають свої особливості. Згідно із Законом України «Про вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» примирна процедура складається з таких етапів: колективні трудові спори (конфлікти) з питань встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту, укладення чи зміни колективного договору, угоди вирішуються примирною комісією, в тому числі за участю незалежного посередника, а в разі неприйняття примирною комісією погодженого рішення із зазначених питань – в трудовому арбітражі. Колективні трудові спори (конфлікти) з питань виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень та невиконання вимог законодавства про працю вирішуються трудовим арбітражем.

За ТК Литовської Республіки примирна процедура з вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) про інтереси включає три етапи: розгляд спору комісією зі спору, посередником, трудовим арбітражем.

Тільки відповідно до ТК Республіки Молдова примирна процедура вирішення колективного трудового конфлікту складається з одного етапу – розгляду його примирною комісією.

Для національного законодавця представляють інтерес положення ТК Литовської Республіки в частині класифікації колективних трудових спорів на спори про право і спори про інтереси із встановленням різного порядку їх розгляду. Колективні трудові спори про право вирішуються в однаковому порядку з індивідуальними трудовими спорами. Зазначена вище примирна процедура, що включає три етапи, застосовується для вирішення тільки колективних трудових спорів про інтереси.

З урахуванням норм ТК Республіки Молдова частину четверту ст. 9 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» необхідно доповнити нормою про порядок прийняття рішення примирною комісією.

Видається доцільним, враховуючи положення ст. 242 ТК Литовської Республіки, внести зміни до частини п'ятої ст. 12 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» і закріпити імперативну норму про обов'язковість рішення трудового арбітражу для сторін із встановленням наслідків його невиконання у передбачені строки.

Анотація.

У статті здійснено порівняльно-правовий аналіз правової регламентації примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) за законодавством України, Литовської Республіки та Республіки Молдова. Виокремлено етапи примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів). Розглянуто порядок утворення примирних органів та прийняття ними рішення. Сформульовано пропозиції про вдосконалення чинного законодавства України, проекту Трудового кодексу України щодо регулювання примирної процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) з урахуванням позитивного законодавчого досвіду Литовської Республіки і Республіки Молдова.

Abstract.

The article provides a comparative legal analysis of legal regulation of the conciliation procedure for resolving collective labor disputes (conflicts) under the legislation of Ukraine, the Republic of Lithuania and the Republic of Moldova. The stages of the conciliation procedure for resolving collective labor disputes (conflicts) were singled out. The order of formation and the decision-making of conciliation bodies were considered. Proposals for improvement of the current legislation of Ukraine, the draft Labor Code of Ukraine in relation with the regulation of the conciliation procedure for resolving collective labor disputes (conflicts), taking into account the positive legislative experience of the Republic of Lithuania and the Republic of Moldova, were formulated.

References:

1. Чанишева Г.І. Примирні процедури вирішення колективних трудових спорів : монографія / Г.І. Чанишева, В.М. Дейнека. Одеса: Фенікс, 2016. 196 с.
2. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. №34. Ст. 227.
3. Трудовой кодекс Литовской Республики: Утв. Законом Литовской Республики от 14 сентября 2016 г. № XII-2603. <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/77e984b2340a11e8a149e8cfbedd2503?jfwid=k3id7tf7e>
4. Трудовой кодекс Республики Молдова от 28 марта 2003 года. <http://lex.justice.md/ru/326757/>

² Проект Трудового кодексу України №2410 від 08.11.2019. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331

5. Положення про примирну комісію: Затверджено наказом Національної служби посередництва і примирення від 18-11.2008 №130. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0130299-08/print>
6. Кодекс законів про працю України: Затв. Законом УРСР від 10 грудня 1971 №322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Додаток до №50. Ст. 375.
7. Проект Трудового кодексу України №2410 від 08.11.2019. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331

Olga Pasechnik,

PhD Candidate

*of the Department of Labor Law and Social Security Law
National University «Odessa Law Academy»*

REQUIREMENTS TO EMPLOYEES AS A CATEGORY OF LABOR LAW

Вимоги до працівників як категорія трудового права

Alina Ptashynska

Key words:

employees, requirements to employees, establishment of requirements to employees, legislation of Ukraine, draft Labor Code of Ukraine.

Ключові слова:

працівники, вимоги до працівників, законодавство України, проект Трудового кодексу України.

Постановка проблеми. Чинним законодавством України закріплено численні вимоги до працівників при укладенні трудового договору. Низка вимог передбачена також у період існування трудових правовідносин. Проте чинний Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП України¹ не містить спеціальних норм щодо вимог до працівників, вони закріплені в різних нормативно-правових та нормативно-технічних актах, якими врегульовані окремі положення порядку встановлення відповідності працівника зазначеним вимогам та наслідки виявленої невідповідності працівника. Водночас у цій сфері залишається невирішеною низка інших питань: 1) відсутність законодавчого визначення поняття та видів вимог до працівників; 2) відсутність законодавчого закріплення способів визначення відповідності працівника встановленим вимогам і переліку документів, якими можуть бути підтверджені як вимоги до працівника, так і те, що працівник володіє необхідними навичками; 3) невизначеність меж допустимого контролю з боку роботодавця за виконанням працівниками своїх трудових обов'язків; 4) відсутність норми про обов'язковий або рекомендаційний характер кваліфікаційних характеристик професій працівників; 5) законодавча невизначеність способів і форм визначення відповідності працівника встановленим вимогам і правових наслідків установа такої невідповідності.

Ступінь наукової розробки проблеми. Обрана тема є малодослідженою у вітчизняній науці трудового права. Їй присвячено лише одну дисертацію Н.М. Лукашевої «Вимоги до працівників за трудовим правом України» (2007)². Вимоги до стану здоров'я працівника досліджуються в дисертації І.І. Теслікової «Стан здоров'я працівника як підстава розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця» (2019)³.

Серед наукових праць вітчизняних, у яких досліджується процедура укладення трудового договору, питання про вимоги до працівників розглядаються тільки у роботі М.І. Наньєвої «Укладення трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн»⁴. Проте авторка аналізує вимоги до працівників тільки при укладенні трудового договору, що логічно пов'язане з темою дослідження, і залишає без уваги вимоги до працівників під час існування трудових правовідносин. Крім того, розглядаючи питання вимог до працівників при укладенні трудового договору, М.І. Наньєва в основному звертає увагу на необхідність їх належного законодавчого врегулювання, не розкриваючи сутності цієї правової категорії.

Отже, у сучасній науці трудового права бракує спеціального комплексного дослідження системи вимог до працівників, виконаного на підґрунті оновленого законодавства України, проекту Трудового кодексу України з урахуванням позитивного зарубіжного законодавчого досвіду.

Метою статті є визначення і характеристика вимог до працівників як трудової категорії за чинним законодавством України, проектом Трудового кодексу України, а також внесення пропозицій щодо їх вдосконалення в частині закріплення зазначених вимог.

Виклад основного матеріалу. Найбільш загальна норма про вимоги до працівників закріплена у частині третій ст.22 КЗпП України, відповідно до якої вимоги щодо віку, рівня освіти, стану здоров'я праців-

¹ Кодекс законів про працю України: Затверджений Законом №322-VIII від 10.12.71. Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. Додаток до №50. Ст. 375.

² Лукашева Н.М. Вимоги до працівників за трудовим правом України: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.05. Харків, 2007. 20 с.

³ Теслікова І.І. Стан здоров'я працівника як підстава розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.05. Сєвєродонецьк, 2019. 175 с.

⁴ Наньєва М.І. Укладення трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн: монографія. Одеса: Фенікс, 2018. С. 82-95.

ника можуть встановлюватись законодавством України. Зазначена норма закріплена в ст. 22 Кодексу, яка фактично забороняє дискримінацію у сфері праці. Отже, вимоги до працівників завжди повинні встановлюватись законодавством із дотриманням вимог щодо недопущення дискримінації у сфері праці.

Пунктом другим частини першої ст. 40 КЗпП України власнику або уповноваженому ним органу надане право розірвати трудовий договір за своєю ініціативою у випадку виявленої невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи, а так само в разі відмови у наданні допуску до державної таємниці або скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на нього обов'язків вимагає доступу до державної таємниці.

Відповідно до частини сьомої ст. 96 КЗпП України вимоги до кваліфікаційних та спеціальних знань працівників, їх завдання, обов'язки та спеціалізація визначаються професійними стандартами або кваліфікаційними характеристиками професій працівників.

Проте зазначені вище норми мають фрагментарний характер і не врегульовують увесь комплекс відносин, які виникають при визначенні відповідності працівника встановленим вимогам. Спеціальні ж норми щодо вимог до працівників у чинному КЗпП України відсутні.

Потрібно відзначити, що законодавством України передбачені вимоги не тільки щодо віку, рівня освіти і стану здоров'я працівників, але із частини третьої ст. 22 КЗпП України випливає, що перелік цих вимог є вичерпним. Термін «кваліфікація», який використовується у п. 2 ст. 40 КЗпП України, чітко не визначений у законодавстві, а тому досить широко тлумачиться на практиці.

Спеціальними законами передбачені й інші вимоги до працівників, крім зазначених у частині третій ст. 22 КЗпП України. Ці вимоги стосуються громадянства, володіння державною мовою, а у передбачених законом випадках – іноземною мовою, стажу роботи, досвіду роботи на керівних посадах у відповідній сфері, наукового ступеня, вченого звання, дієздатності, фізичного і психічного стану, моральних якостей, відсутності судимості тощо.

Законодавчих актів, якими встановлені ці вимоги, нараховується досить велика кількість. Серед них закони України «Про державну службу», «Про освіту», «Про вищу освіту»,

Так, відповідно до частини першої ст. 19 Закону України «Про державну службу»¹ право на державну службу мають повнолітні громадяни України, які вільно володіють державною мовою та яким присвоєно ступінь вищої освіти не нижче:

- 1) магістра – для посад категорій «А» і «Б»;
- 2) бакалавра, молодшого бакалавра – для посад категорії «В».

Як бачимо, зазначення щодо віку, володіння державною мовою і освіти у даному Законі передбачені як передумови права на державну службу, а не як вимоги до осіб, які претендують на вступ на державну службу.

В окремій ст. 20 Закону України «Про державну службу» закріплені вимоги до осіб, які претендують на вступ на державну службу. Згідно з частиною першою ст. 20 вимогами до осіб, які претендують на вступ на державну службу, є вимоги до їхньої професійної компетентності, які складаються із загальних та спеціальних вимог. Загальні вимоги залежно від категорії посади державної служби передбачають наявність загального стажу роботи не менше семи років, досвід роботи на посадах державної служби, на керівних посадах у відповідній сфері, на посадах державної служби певної категорії або досвід служби в органах місцевого самоврядування та ін.

Спеціальними законами, що регулюють діяльність визначеного державного органу, встановлюються спеціальні вимоги до осіб, які претендують на зайняття посад державної служби певних категорій. Такі вимоги визначаються суб'єктом призначення у передбаченому законодавством порядку.

Крім того, постановою Кабінету Міністрів України від 22 липня 2016 року № 448 затверджені Типові вимоги до осіб, які претендують на зайняття посад державної служби категорії «А»².

Таким чином, перелік вимог до осіб, які претендують на зайняття посад державної служби, закріплені у Законі України «Про державну службу», підзаконних нормативно-правових актах, а також можуть визначатися суб'єктом призначення з урахуванням вимог спеціальних законів. І цей перелік є набагато ширшим переліку вимог, передбаченого частиною третьою ст. 22 КЗпП України.

Статтею 58 Закону України «Про освіту»³ встановлені вимоги до освіти та професійної кваліфікації педагогічного працівника закладу освіти. Окрему увагу слід звернути на ту обставину, що у частині другій зазначеної статті йдеться передусім про фізичний і психічний стан осіб, які приймаються на посади педагогічних працівників, а потім вже про освітню та/або професійну кваліфікацію, що відповідає кваліфікаційним вимогам до певних посад педагогічних працівників.

¹ Про державну службу: Закон України від 10.12.15 №889-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. №4. Ст.43.

² Типові вимоги до осіб, які претендують на зайняття посад державної служби категорії «А»: Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 22 липня 2016 року №448 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 12 лютого 2020 р. №98). Офіційний вісник України. 2016. №59. Ст. 2026.

³ Про освіту: Закон України від 05.09.2017 №2145-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. №38-39. Ст. 380.

Відсутність єдиного законодавчого визначення поняття «кваліфікація» значно ускладнює його тлумачення на практиці, що нерідко є більш широким, ніж зміст зазначеного поняття. Наприклад, у Законі України «Про освіту» термін «кваліфікація» вживається у такому значенні: це визнана уповноваженим суб'єктом та засвідчена відповідним документом стандартизована сукупність здобутих особою компетентностей (результатів навчання) (п. 14 ч. 1 ст. 1 Закону).

Як вже відзначалося, про невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації йдеться у пункті 2 частини першої ст. 40 КЗпП України, однак сам термін «кваліфікація» не визначається ані в цій статті, ані в іншій статті Кодексу. Видається доцільним закріпити поняття кваліфікації в зазначеному пункті як здатність працівника виконувати визначені завдання та обов'язки в рамках конкретної роботи.

Враховуючи вищезазначене, перелік вимог до працівників, закріплений у частині третій ст. 22 КЗпП України, не може вважатися вичерпним. Видається необхідним доповнити частину третю зазначеної статті після слова «працівника» словами «інші вимоги до працівників».

Вимоги до працівників встановлюються також Довідником кваліфікаційних характеристик професій працівників, але він не має статусу нормативно-правового акту.

До проекту Трудового кодексу України⁴ вперше включено окрему статтю 26 «Встановлення вимог до працівників». Утім, у змісті зазначеної статті передбачений далеко не повний перелік вимог до працівників. У частині першій ст. 26 йдеться про те, що вимоги до працівників встановлюються законодавством із дотриманням вимог щодо недопущення дискримінації у сфері праці. Такі вимоги можуть стосуватися, зокрема, наявності у працівника відповідної освіти, професійної підготовки, досвіду трудової діяльності, віку.

У цій статті не згадуються вимоги до стану здоров'я працівника, його кваліфікації та інші вимоги. Тобто перелік вимог, зазначений у частині першій ст. 26 законопроекту, є досить обмеженим.

Як видається, основну увагу розробники законопроекту приділили способам встановлення вимог до працівників. Новелою законопроекту є легалізація встановлення вимог до працівників роботодавцем, оскільки чинним КЗпП України таке право власника або уповноваженому ним органу не передбачене. Проте у ст. 26 законопроекту не передбачені межі встановлення роботодавцем вимог до працівників, необхідність їх відповідності чинному законодавству.

Іншим важливим питанням є питання про визначення поняття зазначених вимог як категорії трудового права. У трудовому праві термін «вимоги» використовується як стосовно суб'єктивних прав працівників, яким кореспондують обов'язки роботодавців, так і суб'єктивних прав роботодавців, яким кореспондують обов'язки працівників.

На думку Н.М. Лукашевої, всі вимоги, які ставляться до працівників, слід поділити на професійні, вимоги до здоров'я та інші вимоги. До інших вимог до працівників належать моральні вимоги, в тому числі і вимоги, пов'язані з необхідністю довіри до працівників, вимоги до віку, статі, громадянства, проживання на території України, наявності дієздатності та відсутності її обмежень, наявності права голосу, відсутності судимості⁵. Втім, здійснюючи класифікацію вимог до працівників, Н.М. Лукашева не визначає поняття цих вимог як категорії трудового права.

Як видається, вимоги до працівників як категорію трудового права доцільно визначити як передбачені визначеними законом способами конкретні обставини, умови, стани, встановлення яких є необхідним для прийняття особи на роботу (конкретну посаду) та її виконання.

Виходячи із положень чинного законодавства, вимоги до працівників, крім наведеної вище класифікації, можна поділити на загальні та спеціальні. Загальні вимоги, як видається, мають бути закріплені в основному кодифікованому законодавчому акті – КЗпП України, а згодом – Трудовому кодексі України. Спеціальні вимоги встановлюються спеціальними законами, підзаконними нормативно-правовими актами, виданими на підставі зазначених законів, роботодавцем, суб'єктом призначення (відповідно до чинного законодавства).

Потрібно звернути увагу на те, що в науковій і навчальній літературі при розгляді питань укладення трудового договору не приділяється увага дослідженню проблеми визначення відповідності працівників установленим вимогам. Тільки М.І. Наньєва, розглядаючи укладення трудового договору як юридичну процедуру, що являє собою сукупність передбачених законодавством правових дій, заходів та заборон, необхідних для прийняття особи на роботу в якості працівника, одними із таких правових дій та заходів називає додержання встановлених вимог до працівників⁶.

У навчальній літературі укладення трудового договору розглядається як процедура, що передбачає дотримання таких етапів: 1) попередній (підготовчий); 2) ініціювання укладення трудового договору; 3)

⁴ Проект Трудового кодексу України №2410 від 08.11.2019. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331

⁵ Лукашева Н.М. Вимоги до працівників за трудовим правом України: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.05. Харків, 2007. С. 12.

⁶ Наньєва М.І. Укладення трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн: монографія. Одеса: Фенікс, 2018. С. 180.

погодження змісту і форми трудового договору; 4) оформлення укладеного трудового договору; 5) допоміжні етапи: інформування працівників з питань умов праці; оформлення трудової книжки та соціальне страхування¹. Проте при характеристиці попереднього (підготовчого) етапу жодним словом не згадується про необхідність визначення відповідності особи, яка приймається на роботу в якості працівника, встановленим законодавством вимогам.

Як видається, визначення відповідності працівників установленим вимогам слід визнавати одним із етапів процедури укладення трудового договору (у передбачених законом випадках – контракту) зі здійсненням усіх правових дій і вжиттям заходів, передбачених законодавством, без яких особа не може бути прийнята на роботу в якості працівника.

Крім того, визначення відповідності працівника встановленим вимогам має місце не тільки при укладенні трудового договору, а і надалі вже під час виконання працівником певної роботи. Це має місце, зокрема, при проходженні періодичних медичних оглядів, атестацій, перевірки знань із охорони праці та пожежної безпеки тощо.

Висновки. Вимоги до працівників як трудовоправова категорія потребують чіткого визначення та належного законодавчого закріплення. Перелік вимог до працівників, закріплений у частині третій ст. 22 КЗпП України, не може вважатися вичерпним. Видається необхідним доповнити частину третю зазначеної статті після слова «працівника» словами «інші вимоги до працівників». Окрім цього, чинний КЗпП України доцільно було б доповнити окремою статтею 24-1 «Вимоги до працівників», нормами якої закріпити поняття та перелік вимог до працівників, способи їх встановлення, правило про відповідність зазначених вимог чинному законодавству, способи (форми) і порядок визначення відповідності працівника встановленим вимогам, а також правові наслідки виявленої невідповідності. В останньому випадку відмову в прийнятті на роботу (зайнятті певної посади) слід визнавати обґрунтованою.

Зміст ст. 26 проекту Трудового кодексу України, в якій здійснено спробу усунути прогалини у законодавчій регламентації вимог до працівників, потребує вдосконалення. Видається доцільним виокремлення загальних і спеціальних вимог до працівників. Зрозуміло, що неможливо передбачити в одному законодавчому акті всі вимоги до працівників, водночас закріплення у законопроекті якомога повного переліку загальних вимог, способів їх закріплення і встановлення надалі б механізму правового регулювання трудових відносин більшої досконалості.

Визначення відповідності працівників встановленим вимогам слід визнати одним із етапів процедури укладення трудового договору (у передбачених законом випадках – контракту). У такому випадку доцільно говорити про вимоги до осіб, які приймаються на роботу, оскільки вони ще не набули статусу працівника.

У чинному КЗпП України, проекті Трудового кодексу України також необхідно передбачити випадки і форми перевірки відповідності працівника встановленим вимогам вже під час дії укладеного трудового договору і правові наслідки виявленої невідповідності.

Анотація

У статті досліджено нормативне закріплення вимог до працівників в актах чинного законодавства, проекті Трудового кодексу України. Визначено поняття вимог до працівників як категорії трудового права. Запропонована класифікація вимог до працівників за суб'єктивним критерієм на загальні та спеціальні. Обґрунтовано необхідність визнання визначення відповідності особи, яка приймається на роботу, встановленим вимогам окремих етапом процедури укладення трудового договору (контракту). Сформульовано конкретні пропозиції щодо вдосконалення правової регламентації вимог до працівників у чинному Кодексі законів про працю України, проекті Трудового кодексу України.

Abstract

The article examines the normative consolidation of requirements for employees in the acts of current legislation, draft Labor Code of Ukraine. The definition of requirements to employees as a category of labor law was established. The classification of requirements to employees according to the subjective criterion into general and special was introduced. The necessity of recognition of conformity of the person, being hired, to the established requirements, as a separate stage of the procedure of concluding an employment agreement (contract) was substantiated. Specific proposals for improvement of legal regulation of requirements to employees in the current Code of Laws on Labor of Ukraine, the draft Labor Code of Ukraine, were formulated.

References:

1. Кодекс законів про працю України: Затверджений Законом №322-VIII від 10.12.71. Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. Додаток до №50. Ст. 375.

¹ Трудове право України: підручник / за заг. ред. М.І. Іншина, В.Л. Костюка. Київ: Юрінком Інтер, 2017. С.198.

2. Лукашева Н.М. Вимоги до працівників за трудовим правом України: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.05. Харків, 2007. 20 с.
3. Теслікова І.І. Стан здоров'я працівника як підстава розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.05. Сєвєродонецьк, 2019. 175 с.
4. Наньєва М.І. Укладення трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн : монографія. Одеса: Фенікс, 2018. 202 с.
5. Про державну службу: Закон України від 10.12.15 №889-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. №4. Ст.43.
6. Типові вимоги до осіб, які претендують на зайняття посад державної служби категорії «А»: Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 22 липня 2016 року №448 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 12 лютого 2020 р. №98). Офіційний вісник України. 2016. №59. Ст. 2026.
7. Про освіту: Закон України від 05.09.2017 №2145-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. №38-39. Ст. 380.
8. Проект Трудового кодексу України №2410 від 08.11.2019. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331
9. Трудове право України: підручник / за заг. ред. М.І. Іншина, В.Л. Костюка. Київ: Юрінком Інтер, 2017. 600 с..

Alina Ptashynska,

*PhD Candidate of the Department of Labor Law and Social Security Law
National University «Odessa Law Academy»*

THE EVOLUTION OF THE FORMATION AND DEVELOPMENT OF A NATIONAL REFERENDUM IN UKRAINE

Еволюція становлення та розвитку загальнодержавного референдуму в Україні

Anna Ravlyuk

Key words:

direct democracy, institute of referendum, chamber, national referendum, all-Ukrainian referendum.

Ключові слова:

безпосереднє народовладдя, інститут референдуму, віче, загальнодержавний референдум, всеукраїнський референдум.

Постановка проблеми. Станом на сьогодні загальнодержавний референдум як форма безпосереднього вирішення громадянами важливих питань національного масштабу широко застосовується у процесі державного будівництва ряду зарубіжних держав та зарекомендувала себе як ефективний інструмент здійснення державної влади в контексті ідеї народного суверенітету. Сучасні дослідники виокремлюють певні етапи розвитку інституту референдуму в Україні, прив'язуючи таку градацію до тих чи інших подій, прийняття нормативно-правових актів чи визнання їх нечинними.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженням періодизації становлення та розвитку референдуму в Україні, у тому числі загальнодержавного, займалися такі дослідники як М. Бондар, О.Грибильнікова, В. Нестерович, В.Погорілко, А.Савко, С. Сворах, С.Третяк, І.Хаврук, О.Цапко, М. Шункін та ін.

Мета статті полягає у дослідженні еволюції становлення та розвитку загальнодержавного референдуму в Україні.

Виклад основного матеріалу. Переходячи до розгляду особливостей зародження та формування інституту референдуму в Україні звернемо увагу на позицію В. Погорілка, котрий пропонує розглядати еволюцію розвитку інституту референдуму в Україні з 1991 року та виокремлює два етапи:

- 1991 - 2000 р.р. – зародження референдуму як форми безпосереднього волевиявлення у незалежній Українській державі;
- 2000 р. - до наших днів – розвиток інституту референдуму (наукове дослідження було підготоване у 2010 році).¹

Поряд з цим, ми розділяємо позицію дослідниці О. Галус, яка виокремлює такі етапи становлення та розвитку форм безпосередньої демократії в Україні: «I період – зародження форм безпосереднього народовладдя; II період – розвиток форм безпосереднього народовладдя за часів Гетьманської держави, Запорізької Січі і Слобідської України; III період – становлення української державності у XIX – початку XX ст.; IV період – радянська доба; V період – після здобуття Україною незалежності до наших днів».² У цьому контексті слід зауважити, що окремі риси референдної демократії простежувались в усіх періодах формування української державності.

Основу для розвитку інституту референдуму в Україні, з точки зору сучасної вітчизняної дослідниці М.Ю. Бондар, становить інститут віче, який був характерним ще у часи Київської Русі. Учена зауважує, що віче не було натовпом, водночас, воно було наділене значно ширшим колом повноважень, котре не обмежувалось виключно обранням військовонаачальників.³ Учена зауважує, що ще у VI столітті Прокопій Кесарійський писав про так звані «загальні збори», котрі функціонували у слов'ян та антів. Також риси референдумів простежуються і у часи князювання Олега та Святослава. Поряд з цим, «перша згадка про реальне віче в Новгороді відноситься до 1016 р., в Києві до 1068 р., Полоцьку – 1151 р. Слід звернути увагу на те, що такі збори функціонували не на постійній основі, тобто не передбачали частих проведення, а скли-

¹ Погорілко В.Ф. Референдне право України: навчальний посібник. К. Ліра-К. 2010. с. 36

² Галус О.О. Форми безпосереднього народовладдя в Україні: автореф. канд. 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право. Київ. 2012. с. 17.

³ Бондар М.Ю. Конституційний референдум: теорія та практика: дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук. 12.00.02. – конституційне право; муніципальне право. Одеса. 2017. с. 16.

кались задля вирішення важливих питань, котрі потребували такого розгляду. Ініціювання віче здійснювалось посадовцями міста, або ж народом безпосередньо. Цікавим є той факт, що у часи Київської Русі віче належало до «класичної демократії грецького зразка». Так, «населення всіх передмість на практиці скликалося для обговорення місцевих справ, а державні справи не вирішувалися, тобто віче менших міст – це місцеве самоврядування в сучасності». Поряд з цим, «серед найближчих наших сусідів аналогічні збори письмовими джерелами зафіксовані тільки в містах на узбережжі Балтійського моря: Бирці, Рібе, Хедебю, Волін, де вони називалися «тинг» (народні збори). У ранній історії інших західних країн, у тому числі і у Польщі, аж до затвердження Магдебурзького права, цього явища зафіксовано не було».⁴

Віче було наділено широким колом повноважень, зокрема: «встановлювало рішення по управлінню, договори з князями та іншими землями, оголошувало війни, укладало мир, закликало князів, вибирало владик, робило розпорядження про збір війська і про захист країни, віддавало на власність або в «кормління» землі, визначало торговельні права і якість монети, іноді ставило громадою церкви та монастирі, встановлювало правила й закони ...».⁵

Так, V-VI століття характеризувалось зміною особливостей суспільного ладу, а саме поділом населення на класи. Віче як форма безпосереднього народовладдя стало важливим державним органом, а з XI століття – це окрема форма «влади та характеризується повним розвитком прав, що було обумовлено відсутністю сильної князівської влади, зниженням авторитету князів унаслідок усобиць. Жителі міст у цей період стають серйозною політичною силою». Слід зауважити, що правовий статус, а також функціональне призначення віча не були закріплені нормами права. Поряд з цим, до повноважень віча було віднесено такі питання: 1) зовнішня політика (питання оголошення війни та укладення миру); 2) здійснення судової влади, котре передбачало право брати участь у здійсненні судочинства, у тому числі з політичних питань; 3) участь у державному управлінні, обрання князя, підтримка того чи іншого кандидата на таку посаду) тощо.⁶

В.Н. Нестерович, розглядаючи місце виборів в українському державотворенні, звертає увагу на те, що «князі визнавали за вічем право обрання, затвердження або відмови. Віче скликалося князем або самостійно збиралося у разі потреби на княжому дворі, торговищі чи церковному майдані. Право участі у віче мали усі чоловіки, крім холопів».⁷

За часів Російської імперії у Гетьманщині функціонувала Генеральна Рада, котра обирала гетьманів та була фактично військовими зборами козаків. У Запорізькій Січі верховним державним органом була військова січова рада. Як зазначає О. Грабильнікова, це було не що інше як «демократія військового товариства і справедливості, яка базувалася козацькому звичаєвому праві і реалізовувалася через загальну раду (коло), в якій мали право брати участь всі козаки і яка була вищим органом влади Запорозької Січі».⁸

Проблематика народного суверенітету у період козаччини була предметом праць М. Грушевського. Вивчення «державного устрою козацької доби в українській історії дало йому підстави стверджувати, що народовладне ядро нації набуває раціональної парадигми, у межах якої народовладна державно-правова культура несумісна з жорсткою централізацією інститутів влади».⁹

С. Сворака, до прикладу, в одній із своїх наукових праць у сфері дослідження державно-правових поглядів Г. Вернадського зазначав, що модель державного устрою та права, котра була розроблена останнім передбачала, що «через інститут князя в Київській Русі передається скандинавська традиція народовладдя та самоусвідомлення князем своєї ролі в державному управлінні».¹⁰

В одній із своїх лекцій М. Грушевський висвітлював власне бачення місця і ролі народовладдя в ній у кількох засадничих положеннях: 1) народ, на думку М. Грушевського, зі своїми ідеалами і змаганнями, зі своєю боротьбою, поспіхами і помилками – єдиний герой історії; 2) народовладдя в українців існувало протягом усієї їх історії, починаючи ще з княжих часів українська громада «жила своїм життям»; 3) однією з головних особливостей української історії є та, що в ній «...князівсько-дружинний устрій не пройшов глибоко в масу народу, не перейняв її цілою системою, як феодалізм західний, не пустив глибоко коріння в самий ґрунт, він зостався чимось зверхнім, досить хитко прив'язаним до народу», також до таких пунктів він відносив «4) український народ, будучи позбавлений протягом багатьох століть своєї державності, зберігав основ-

⁴ Бондар М. «Віче як передумова становлення та розвитку референдумів». *Юридичний вісник* №2 (2014). с. 39-40.

⁵ Третяк С.М. «Віче як один із інститутів громадянського суспільства сучасної України». *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. № 9-1. (2014). с. 57.

⁶ Шункін М. «Еволюція інституту місцевого референдуму в Україні». *Державне управління та місцеве самоврядування*. №4 (2015). с. 281.

⁷ Нестерович В.Ф. «Роль та місце виборів у державотворенні в Україні». *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. №2 (2019). с. 39.

⁸ Грабильнікова О.А. «Історичні етапи становлення і розвитку інституту виборців в Україні». *Право і суспільство*. №3 (2012). с. 32.

⁹ Сворака С. «Концепція народовладдя козацької держави у політико-правових поглядах М. Грушевського». *Вісник Львівського університету. Сер.: Юридична* №59 (2014). с. 118.

¹⁰ Сворака С.Д. «Концепт народовладдя в Київській Русі у державно-правових поглядах ГВ Вернадського». *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ* 4 (2012). с. 18.

ні традиції місцевого громадського самоврядування та самоуправління, що допомогла йому пережити часи лихоліть і колоніального гніту і тим самим зберегти свою національну самобутність; 5) традиції народодовладдя і демократизму повинні бути основою побудови майбутньої української державності».¹

Загальновідомо, що початок ХХ століття для розвитку української референдної демократії характеризується зовсім по-іншому, ніж у європейських державах у той же час. Серед іншого, можна стверджувати, що реальних інститутів прямого народодовладдя належного рівня фактично не існувало. Так, законодавець у Конституції СРСР 1936 року взагалі не розглядав народ як суб'єкта установчої влади.

Водночас, розглядаючи радянський правовий простір, І. Хаврук стверджує, що вперше референдум як правовий інститут був регламентований Конституцією СРСР 1936 року, проте він позиціонувався як опитування, а не голосування, а тому його проведення мало на меті виявлення позиції населення з того чи іншого питання. Таким чином, зазначений нормативно-правовий акт не вводив якісно новий правовий інститут, а лише перейменував уже відомий інститут опитування. Ототожнення правових категорій «референдум» та «всенародне опитування» було усунуте Конституцією СРСР 1977 року, відповідно до положень якої референдум був розглянутий як всенародне голосування. Також зазначеним нормативно-правовим актом виділявся ще один різновид безпосередньої (прямої) демократії – всенародне обговорення. Так, кінець 80-х років ХХ століття характеризується тим, що інститут референдуму визнається важливим способом волевиявлення народу. Саме тому, на думку дослідника І. Хаврука, «єдиним засобом запобігти проведенню національних референдумів щодо проголошення незалежності в союзних, а також автономних республіках було призначення загальносоюзного референдуму з протилежного за змістом питання – про збереження цілісності Радянського Союзу. У разі всенародної підтримки збереження СРСР, центральні органи влади забезпечили б легітимність ігнорування декларацій при укладанні нового договору. З огляду на це, ставлення кожної республіки до всесоюзного референдуму автоматично означало ставлення до власного суверенітету». Учений справедливо стверджує, що «на остаточне рішення республік з приводу референдуму визначальний вплив мало співвідношення політичних сил у парламентах. Цим пояснюється компромісне рішення Верховної Ради УРСР (27 лютого 1991 р.) провести паралельно загальносоюзному республіканське опитування про входження до оновленого союзу на засадах Декларації про державний суверенітет (16 липня 1990 р.), рішення Верховної Ради Російської Федерації про проведення одночасно із загальносоюзним референдумом про запровадження в республіці посади президента (21 лютого 1991 р.), а також схвально-нейтральне ставлення до референдуму Верховної Ради Білоруської РСР (21 січня 1991 р.). Референдум, питання якого дістало схвалення більшості громадян (76,4%), нічого не вирішив в практичному плані: хід і результати реформування СРСР продовжували залежати від співвідношення сил головних дійових осіб цього процесу. Більш результативними були республіканські референдуми, що пройшли в Україні та Росії одночасно з всесоюзним (17 березня 1991 р.), підтримка питань яких населенням відіграла свою роль у трансформаційних процесах».² Слід зауважити, що за весь час існування Радянського Союзу референдум, котрий був проведений 17 березня 1991 року, був першим і єдиним в історії цієї держави; «в період "глобальної перебудови" колишні республіки СРСР розглядали референдум як засіб легітимізації їх виходу зі складу радянської федерації та подальшого проголошення незалежності».³

24 серпня 1991 року, «виходячи із смертельної небезпеки, яка нависла була над Україною в зв'язку з державним переворотом в СРСР 19 серпня 1991 року, - продовжуючи тисячолітню традицію державотворення в Україні, - виходячи з права на самовизначення, передбаченого Статутом ООН та іншими міжнародно-правовими документами, - здійснюючи Декларацію про державний суверенітет України, Верховна Рада Української Радянської Соціалістичної Республіки» прийняла Акт проголошення незалежності України.⁴

Прийняття Верховною Радою Української РСР Акту проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року було підтверджено республіканським референдумом 1 грудня 1991 року, на який виносилось питання «Чи підтверджуєте Ви Акт проголошення незалежності України?», і 90,32 % українського населення прийняло позитивне для конституційного будівництва та розвитку української державності рішення.

Закон України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» (втратив чинність у 2012 році) статтю 3 визначав предметом всеукраїнського референдуму затвердження Конституції, її окремих положень, внесення до неї змін та доповнень; прийняття, зміну та скасування законів чи їх окремих положень; прийняття рішень щодо основного змісту Конституції, законів чи інших правових актів. Відповідно до статті 12 цього ж закону суб'єктом, котрий був наділений повноваженнями щодо призначення всеукраїнського референдуму є Верховна рада України. При цьому стаття 13 містила положення, відповідно до якого: «Верховна Рада України також призначає всеукраїнський референдум: 1) з питань затвердження або скасуван-

¹ Цапко О.М., Богаліка Ю.О. «Ідея народодовладдя в теоретичній спадщині діячів Української Центральної Ради (М. Грушевського та В. Винниченка)». *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ* 1 (2013). с. 270-271.

² Хаврук І.А. Референдуми у перехідних демократіях (на прикладі України, Білорусі та Росії): автореф канд Спеціальність 23.00.02 – політичні інститути та процеси. Чернівці. 2006. 21 с. 9-10.

³ Савков А. «РЕФЕРЕНДУМ ЯК ФОРМА НАРОДОВЛАДДЯ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ». *УПРАВЛІННЯ СУЧАСНИМ МІСТОМ* № 1-12 (25-28), 2007. с. 25.

⁴ Акт проголошення незалежності України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1991, № 38, ст.502

ня Конституції України, а також з питань дострокового припинення повноважень Верховної Ради України, Президента України - якщо цього вимагають не менш як три мільйони громадян України, які мають право брати участь у референдумі; 2) з питань затвердження або скасування Конституції та інших законодавчих актів України, які відповідно до цього Закону можуть виноситись на всеукраїнський референдум, за винятком питань дострокового припинення повноважень Верховної Ради України та Президента України, - якщо цього вимагає не менш як половина народних депутатів України». Слід зауважити, що законом були регламентовані також і вимоги до бюлетеня (стаття 36). Так, «у бюлетені для голосування міститься назва проекту (проектів) закону, рішення, що виноситься на референдум, і пропонується громадянину відповісти «так» або «ні» на питання про прийняття або відхилення цього проекту (проектів). У разі винесення на референдум двох або кількох питань для кожного з цих питань встановлюється окремий бюлетень. У разі проведення одночасно двох або кількох референдумів бюлетені для голосування, які використовуються під час кожного з них, повинні відрізнятися за кольором. Зміст, мова (мови) і форма бюлетенів для голосування при проведенні всеукраїнського або місцевого референдуму встановлюються відповідно Верховною Радою України у відповідності з рішеннями місцевих рад про мову (мови) виборчого бюлетеня та обласними, районними, міськими, районними у містах, селищними і сільськими Радами народних депутатів. Зміст, мова (мови) бюлетеня не може суперечити суті формулювання питання, визначеного у вимозі народних депутатів або громадян України про проведення референдуму».⁵

У 2012 році (6 листопада) був прийнятий Закон України «Про всеукраїнський референдум», відповідно до якого всеукраїнський референдум був визначений «однією з форм безпосередньої демократії в Україні, способом здійснення влади безпосередньо Українським народом, що полягає у прийнятті (затвердженні) громадянами України рішень з питань загальнодержавного значення шляхом таємного голосування». Зазначений закон визначав предметом всеукраїнського референдуму «будь-які питання за винятком тих, вирішення яких референдумом не допускається Конституцією України, законами України». Цікавим є той факт, що безпосередньо положеннями цього нормативно-правового акту було визначено класифікацію всеукраїнських референдумів за критерієм предмету. Зокрема, закон визначав такі різновиди загальнодержавного референдуму в Україні: 1) конституційний (що стосується питань схвалення Конституції та внесення до неї змін, а також втрати чинності чи визнання нечинним закону про внесення таких змін); 2) ратифікаційний (з питань зміни території України); 3) законодавчий (з питань прийняття, зміни чи скасування закону України); 4) загальний (референдум з будь-якого іншого питання, окрім податків, бюджету та амністії).⁶

9 червня 2020 року у Верховній Раді України було зареєстровано Проект №3612 Закону про народовладдя через всеукраїнський референдум. Суб'єктом права законодавчої ініціативи виступив Президент України В.О.Зеленський. Поряд з цим, законопроект все ще готується до другого читання, хоча й був визначений Президентом як невідкладний.⁷ Таким чином, станом на сьогодні в Україні немає жодного закону, котрий би повністю та всебічно регламентував порядок організації та проведення референдумів в Україні.

Висновки. Таким чином, виходячи з вищенаведеного, виділяємо такі етапи розвитку інституту загальнодержавного референдуму в Україні:

1. 1991-1996 р.р. – прийняття Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» 3 липня 1991 року;
2. 1996-2000 р.р. – референдум 1 грудня 1996 року (що мав наслідком прийняття Акту проголошення незалежності України); закріплення основних засад порядку організації та проведення загальнодержавного референдуму в Україні у Розділі III Конституції України «Вибори. Референдум»;
3. 2000-2012 р.р. – проведення всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 року (щодо зменшення кількості народних депутатів у парламенті, зміну моделі парламенту на двопалатну, встановлення додаткових підстав для розпуску парламенту главою держави, а також обмеження депутатської недоторканності), котрий так і не мав своїм наслідком внесення змін до законодавства;
4. 2012-2018 р.р. – прийняття 6 листопада 2012 року Закону України «Про всеукраїнський референдум» та подальше визнання його неконституційним Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» від 26.04.2018 року;
5. 2018 р. - до сьогодні – робота у напрямку законодавчого врегулювання інституту загальнодержавного референдуму, розробка та подання відповідних законопроектів, останнім з яких став Проект №3612 Закону про народовладдя через всеукраїнський референдум, ініційований Президентом України.

⁵ Про всеукраїнський та місцевий референдуми: Закон України. Відомості Верховної Ради УРСР (БВР), 1991, N 33, ст.443. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1286-12#Text> (втратив чинність).

⁶ Про всеукраїнський референдум: Закон України. Відомості Верховної Ради (БВР), 2013, № 44-45, ст.634. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5475-17#Text> (визнаний неконституційним).

⁷ Проект Закону про народовладдя через всеукраїнський референдум. 2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69060

Анотація.

В статті досліджено еволюцію становлення та розвитку загальнодержавного референдуму в Україні. Зауважено, що основу для розвитку інституту референдуму в Україні становить інститут віче. Такі збори функціонували не на постійній основі, тобто не передбачали частих проведення, а скликались задля вирішення важливих питань, котрі потребували такого розгляду. Встановлено, що початок XX століття для розвитку української референдної демократії характеризується зовсім по-іншому, аніж у європейських державах у той же час. Серед іншого, зазначено, що реальних інститутів прямого народовладдя належного рівня фактично не існувало. Зазначено, що станом на сьогодні в Україні немає жодного закону, котрий би повністю та всебічно регламентував порядок організації та проведення референдумів в Україні.

Summary.

The article examines the evolution of the formation and development of a national referendum in Ukraine. It is noted that the basis for the development of the institute of referendum in Ukraine is the institute of the Chamber. Such meetings did not function on a permanent basis, ie they did not provide for frequent meetings, but were convened to address important issues that required such consideration. It is established that the beginning of the twentieth century for the development of Ukrainian referendum democracy is characterized in a completely different way than in European countries at the same time. Among other things, it was noted that real institutions of direct democracy of the appropriate level did not actually exist. It is noted that as of today in Ukraine there is no law that would fully and comprehensively regulate the organization and conduct of referendums in Ukraine.

References:

1. Погорілко В.Ф. Референдне право України: навчальний посібник. К. Ліра-К. 2010. 366 с.
2. Галус О.О. Форми безпосереднього народовладдя в Україні: автореф. канд. 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право. Київ. 2012. 44 с.
3. Бондар М.Ю. Конституційний референдум: теорія та практика: дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук. 12.00.02. – конституційне право; муніципальне право. Одеса. 2017. 220 с.
4. Бондар М. «Віче як передумова становлення та розвитку референдумів.» *Юридичний вісник*. №2 (2014): 38-42.
5. Третьак С.М. «Віче як один із інститутів громадянського суспільства сучасної України.» *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. № 9-1. (2014): 56-58.
6. Шункін М. «Еволюція інституту місцевого референдуму в Україні». *Державне управління та місцеве самоврядування*. №4 (2015): 278-288.
7. Нестерович В.Ф. «Роль та місце виборів у державотворенні в Україні». *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. №2 (2019): 38-46.
8. Грабильнікова О.А. «Історичні етапи становлення і розвитку інституту виборців в Україні». *Право і суспільство*. №3 (2012): 30-33.
9. Сворак С. «Концепція народовладдя козацької держави у політико-правових поглядах М. Грушевського». *Вісник Львівського університету. Сер.: Юридична* №59 (2014): 114-120.
10. Сворак С.Д. «Концепт народовладдя в Київській Русі у державно-правових поглядах ГВ Вернадського». *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 4 (2012): 11-19.
11. Цапко О.М. Богаліка Ю.О. «Ідея народовладдя в теоретичній спадщині діячів Української Центральної Ради (М. Грушевського та В. Винниченка)». *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 1 (2013): 269-276.
12. Хаврук І.А. Референдуми у перехідних демократіях (на прикладі України, Білорусі та Росії): автореф канд. Спеціальність 23.00.02 – політичні інститути та процеси. Чернівці. 2006. 21 с.
13. Савков А. Референдум як форма народовладдя: теорія і практика застосування в Україні. *Управління сучасним містом*. № 1-12 (25-28), 2007. С.22-30.
14. Акт проголошення незалежності України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1991. № 38. ст.502
15. Про всеукраїнський та місцевий референдуми: Закон України. Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, N 33, ст.443. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1286-12#Text> (втратив чинність)
16. Про всеукраїнський референдум: Закон України. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 44-45, ст.634. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5475-17#Text> (визнаний неконституційним)
17. Проект Закону про народовладдя через всеукраїнський референдум. 2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69060

Anna Ravlyuk,

postgraduate student of Constitutional Law and
Comparative Jurisprudence Department
Uzhhorod National University

OBSERVANCE OF THE NON-DISCRIMINATION PRINCIPLE AS A CONDITION FOR THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JUSTICE

Соблюдение принципа недискриминации как условие использования искусственного интеллекта в правосудии

Julia Repina

Ключевые слова:

искусственный интеллект, правосудие, принцип недискриминации

Key words:

artificial intelligence, justice, the non-discrimination principle

Постановка проблемы. Судопроизводство – древний и консервативный вид человеческой деятельности, характеризующийся четкой регламентированностью. Нарушения процедуры принятия судом решения приводит к отмене такого решения. Но, в тоже время, суд – институт социальный, а, значит, вынужден реагировать на меняющуюся внешнюю среду. Следовательно, инновации, в том числе и технологии искусственного интеллекта (далее – ИИ), пусть и постепенно, но входят и в эту консервативную сферу: «как паровой двигатель или электричество в прошлом, ИИ преобразует наш мир, наше общество и нашу промышленность».¹

Так, международный опыт показывает, что ИИ активно используется при решении всевозможных задач в области правосудия – для оптимизации деятельности судей, формирования электронного правового пространства и т.д.

Например, в Бразилии для вынесения решения по дорожно-транспортным происшествиям применяется специальная компьютерная программа. Она хранит свидетельские показания и вещественные доказательства по делу. Квалификация правонарушения и определение суда формируются автоматически на основании представленных данных.

Американские ученые разработали систему DARE. Её задача – распознавать ложные показания в судебном процессе. Программа создана на основе видеоматериалов реальных дел и отслеживает визуальные изменения мимики лица, голоса и речи человека. Достоверность результатов работы DARE составляет примерно 92 % [<https://doubaibai.github.io/DARE/>].

ИИ представляется беспристрастным и лишенным стереотипов «компьютером», который мгновенно анализирует огромный массив данных и принимает рациональное и взвешенное решение. Но в последнее время, как реакция на практическое применение ИИ в правосудии, появляются сомнения в том, что компьютер, лишенный эмпатии, способен заменить человека. Негативные примеры накапливаются. ИИ несет в себе целый набор потенциальных рисков, таких как: непрозрачность принятия решений, гендерная и другие виды дискриминаций, вторжение в частную жизнь или использование в преступных целях².

Актуальность темы исследования. Эти и другие проблемы, как правило, выявляет практика. То, что в теории должно работать строго задуманным образом, при применении дает отличный от идеального результат. Информационные технологии (далее – ИТ), став важной частью человеческой жизни, с одной стороны, требуют доверия к ним, с другой. Степень доверия к ИТ является обязательным условием их внедрения. Так, существует опасность дискриминации разного вида при использовании ИИ при принятии судебных решений. В Украине изучается вопрос внедрения технологии ИИ, Кабинетом Министров Украины была одобрена Концепция развития сферы ИИ, в том числе и в направлении правосудия.

Состояние исследования. Стремительное развитие ИТ постоянно требует новых исследований о перспективах и результатах их внедрения в сфере права. Более того, проблемы, казавшиеся актуальными несколько лет назад, например, в связи с устареванием конкретной ИТ, таковыми больше не являются. Сегодня состояние, перспективы и проблемы внедрения ИИ в правосудие – тема исследований междис-

¹ Artificial Intelligence for Europe, COM(2018) 237, p. 1 URL: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-237-F1-EN-MAIN-PART-PDF>

² WHITE PAPER On Artificial Intelligence, COM(2020) 65, p. 1 URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence_feb2020_en.pdf

циплинарная. Учитывая возможные последствия внедрения ИТ, в целом, и ИИ, в частности, изучением этих проблем и рекомендациями по их внедрению занимаются самые авторитетные организации на международном и региональном (например, европейском) уровнях.

Целью и задачей статьи является выявить направления минимизации риска появления дискриминации при использовании ИИ в правосудии.

Изложение основного материала. Мировой опыт применения ИТ в правоохранительной деятельности выявил риски появления дискриминации в правосудии. Стоит отметить, что страны Европы, Северной и Южной Америки внедряли ИТ в правосудие по мере необходимости и для решения тех задач, которые были наиболее актуальными для каждой из этих стран.

Так, в США при помощи ИИ прогнозируется рецидив в уголовных делах. Американские суды используют этот инструмент в своей повседневной практике. Но оказалось, что, используя данные, полученные ранее, рецидив у афроамериканских подсудимых переоценивается.

Отвечая на запрос общества на безопасность и определенность, в США была разработана «прогностическая полицейская деятельность» (predictive policing) или PredPol [<https://www.predpol.com>], которая стала применяться полицейскими нескольких штатов для прогноза будущих преступлений. При помощи алгоритма, базирующегося на математическом моделировании, социологическом и статистическом анализе преступности, при учете исторических данных о преступности из полицейского управления, дается прогноз того, где и когда наиболее вероятно совершится преступление.

И в данном случае выработалось мнение, что упреждающая работа полиции создает риск дискриминации. Критики утверждают, что PredPol – это способ легитимизировать предубеждение полиции, ведь теперь офицеры патрулируют те районы, на которые им указывает программа, алгоритмы которой, впрочем, разработаны на основе долгосрочной модели поведения полицейских¹.

Учитывая, что технологии ИИ обучаются на имеющихся данных, вполне ожидаемым и не вызывающим удивление станет содержание в некоторых из них расовых, гендерных, религиозных и других стереотипов, прочно устоявшихся в обществе. Именно алгоритм принимает решение, способное вызвать появление дискриминации.

Так, например, при использовании ИИ в программах по распознаванию лиц в правоохранительной деятельности была выявлена «проблема белого человека»: ИИ значительно лучше различает лица европеоидной расы (точный результат получают при работе с лицами белых мужчин), и гораздо хуже идентифицирует лица негроидной и монголоидной рас (ошибочно определяя их изображениями животных или прищурившихся людей), а также женские лица. Объяснением стало «обучение» на данных с количественным преобладанием лиц мужчин-европейцев.

Согласно разъяснениям Комитета по вопросам экономических, политических, социальных и культурных прав ООН, дискриминация означает любое различие, исключение, ограничение или предпочтение или иное дифференцированное обращение, которое прямо или косвенно осуществляется на запрещенных основаниях для дискриминации и целью или результатом которого является умаление или отрицание признания, реализации или осуществления, наравне с другими, прав, закрепленных в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, дискриминация также предполагает подстрекательство к дискриминации и преследованиям².

В.Ф. Погорилко, рассматривая равенство как один из основных принципов конституционно-правового статуса человека и гражданина, отмечает, что Конституция Украины признает, что все люди свободны и равны в своем достоинстве и правах (ст. 21); граждане имеют равные конституционные права и свободы и равны перед законом (ст. 24). Исключения из этого принципа предусматриваются Конституцией и Законами Украины, например, в отношении Президента Украины (ст. 103, 105), народных депутатов Украины (ст. 78), судей (ст. 126, 127, 148, 149) в части гарантий независимости и неприкосновенности и требований несовместимости. Одновременно, в соответствии с Конституцией Украины не может быть привилегий или ограничений по признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного состояния, места проживания, по языковым и другим признакам³.

Отечественный законодатель дискриминацию определяет как ситуацию, при которой лицо и/или группа лиц по их признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, возраста, инвалидности, этнического и социального происхождения, гражданства, семейного или имущественного положения, места проживания, языковыми или другими характеристиками, которые были, есть или могут быть существующими или допускаемыми, ощущает ограничения в признании, реализации

¹ Predictive policing poses discrimination risk, thinktank warns. URL: <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/sep/16/predictive-policing-poses-discrimination-riskthinktank-warns>

² Дремина-Волок Н.В. Экономическое неравенство и дистрибутивная парадигма международного антидискриминационного права / Н.В. Дремина-Волок. URL: <http://www.naukovipraci.nuoua.od.ua/arhiv/tom10/20.pdf>

³ Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемчушенко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 5: П-С. – 2003. – с. 329

или пользовании правами и свободами в любой форме, установленной законом, кроме случаев, когда такое ограничение имеет правомерную, объективно обоснованную цель, способы достижения которой являются допустимыми и необходимыми⁶.

Полностью оправданно, что дискриминацию как негативное явление большинство государств стремятся не допустить, зачастую путем принятия соответствующих законов, причем как открыто, так и завуалированно.

В Украине основными документами, определяющими государственную политику в сфере противодействия дискриминации, являются Конституция Украины, Закон Украины № 5207-VI от 06.09.2012 г. «О принципах предотвращения и противодействия дискриминации в Украине», Уголовный кодекс Украины, ратифицированные Украиной международные документы, в частности, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Создание эффективной системы предотвращения и противодействия дискриминации определено стратегической целью в Национальной стратегии в сфере прав человека, утвержденной Указом Президента № 501 от 25.08.2015 г. Кабинетом Министров Украины разработан План действий по реализации Национальной стратегии в сфере прав человека на период до 2020 г.⁷

Так, Законом Украины № 5207-VI предусмотрено проведение антидискриминационной экспертизы – анализа проектов нормативно-правовых актов, по результатам которого дается вывод об их соответствии принципу недискриминации (обеспечение равенства прав и свобод, равенства перед законом, равных возможностей лиц и/или групп лиц, уважение достоинства⁶ Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України № 5207-VI від 6.09.2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text> ⁷ Бакальчук В.О. Впровадження антидискримінаційного права: етнополітичний аспект. URL: <http://old2.niss.gov.ua/content/articles/files/antydiskrim-ebb03.pdf> каждого человека). Ее обязаны проходить в порядке, определенным Кабинетом Министров Украины, проекты законов Украины, акты Президента Украины, другие нормативно-правовые акты, которые разрабатываются министерствами, другими центральными органами исполнительной власти, государственными коллегияльными органами, органами власти АПК, областными, Киевской и Севастопольской городскими государственными администрациями.

Как правило, с целью не допустить нарушения прав человека, предотвратив дискриминацию, и для дополнительных гарантий их соблюдения, применяется антидискриминационное законодательство. Его задача – заставить обращаться со всеми одинаковым образом, независимо от имеющихся между ними отличий. Это в равной мере касается и прямой, и непрямой дискриминации. Сопоставить одно лицо с другим – это основное действие, которое призван выполнить антидискриминационный закон. ИИ может быть в этом случае полезен и эффективен. Появляется вопрос о справедливости выполнения первоначальных обязательств некоторым лицом по отношению к другим, а также справедливо ли оспаривание нарушений этих обязательств при обращении в суд. Далее – поиск отличий между отношением к некоторым лицам и ко всем остальным. А затем суд принимает законное решение.

Заслуживает внимание позиция Н. Петерсена, который, утверждая, что равенство перед законом – одно из центральных условий верховенства права, выявляет несоответствие и противоречие принципам равной защиты внутреннего содержания нормативного акта (является правильным) и его внешнего проявления при неодинаковом применении его норм (является нарушением). Именно насильственную сегрегацию правовых норм, когда в отношении определенной группы лиц либо предоставляются льготы, либо налагаются обязательства, он и считает причиной появления научных дискуссий о сущности положения о равной защите⁴. В мире уже давно опробованы два способа, как избежать нарушения принципа равенства перед законом. В соответствии с одним из них, различия как таковые, в принципе в отношении кого бы то ни было запрещены. Другой же предполагает возможность обоснования различий в отношении между двумя лицами или социальными группами, которое происходит в два этапа: выявление различий и их обоснование (оправдание). Но этот подход подвергается критике, как предоставляющий чрезмерно широкую дискрецию судьям. Отсюда следует, что допустимость различий может быть четко сформулирована либо в текстах нормативных актов (например, прямой запрет на прием на некоторые виды работ женщин), либо установлена судебной практикой (судебные прецеденты). Один из самых авторитетных подходов ограничения принципа равной защиты законом – это система трехуровневой проверки, разработанная Верховным Судом США (далее – ВС США). Так, при «строгой проверке» ограничения оправдываются только в том случае, когда они служат «чрезвычайным государственным интересам». Полярная ей проверка – «рациональное обоснование», которой устанавливается наличие разумной связи и законной цели. Это редкое исключение, когда нормативный акт содержит неконституционную норму, опираясь на «рациональное обоснование». Кроме этих двух видов, разработана «промежуточная проверка» – нечто среднее между первыми двумя видами. Она применяется при проверке ограничений, не нуждающихся в «строгой проверке», но требующих более глубокого изучения, чем предполагает «рациональное обоснование». Эта система не получила повсеместного применения, но сама идея о необходимости ограничений применения

⁴ Petersen N. The Principle of Non-discrimination in the European Convention on Human Rights and in EU Fundamental Rights Law. URL: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-981-106129-5_7

принципа равной защиты получила право на существование. Например, Европейская конвенция по правам человека (далее – ЕКПЧ) в статье 14 содержит таких два ограничения: области (запрет дискриминации касается пользования правами и свободами, провозглашенными ЕКПЧ) и объема применения (признаки (их перечень в ЕКПЧ не является исчерпывающим), по которым запрещена дискриминация)¹.

Обращаясь к правосудию, следует сказать, что обеспечить защиту лица от дискриминации, реализацию права на справедливое обращение к себе – одна из его задач. Статья 9 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» определяет, что правосудие в Украине осуществляется на основе равенства всех участников судебного процесса перед законом и судом независимо от расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного положения, места жительства, языковых и других признаков².

«Концепция усовершенствования судебного устройства для обеспечения справедливого судопроизводства в Украине в соответствии с европейскими стандартами» своей целью назвала обеспечение становления в Украине судейства как единой системы судебного устройства и судопроизводства, которые функционируют на принципах верховенства права в соответствии с европейскими стандартами и гарантирует право на справедливый суд³.

О. Хёффе судопроизводство назвал инновацией в области справедливости, имеющей подлинно всемирно-историческое значение⁴. Только следование требованиям справедливости при совершении судопроизводства дает возможность охарактеризовать его как правосудие⁵. Такой позиции придерживается Конституционный Суд Украины в решении № Зрп/2003 от 30.01.2003 г. по делу о рассмотрении судом отдельных постановлений следователя и прокурора: «Правосудие по своей сути определяется таковым только при условии, что оно отвечает требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах»⁶.

Равноправие граждан – это принцип демократии, норма современного правового государства. В соответствии с теорией справедливости Дж. Ролза, модель общественного равенства – это равенство частных возможностей, а справедливость – первая добродетель общественных институтов⁷.

С целью повышения качества и эффективности европейских судебных систем, а также укрепления доверия пользователей судов к таким системам, в декабре 2018 г. Европейская комиссия Совета Европы по эффективности правосудия (CEPEJ) приняла Европейскую хартию этического использования ИИ в судебных системах (далее – Хартия)¹⁶. Хартия определила 5 основных принципов, которые необходимо соблюдать в области ИИ в правосудии. Среди них – принцип недискриминации, который предусматривает создание действенных предохранителей развития или усиления любой дискриминации между лицами или группами лиц.

ИИ способен выявить существующую дискриминацию путем группирования систематизированных данных об отдельных лицах или группах лиц, поэтому уполномоченные на то лица должны убедиться, что инструменты ИИ не воспроизводят и не усиливают такую дискриминацию, а также не приводят к детерминированному анализу или использованию. Особое внимание должно быть обращено как на фазу развития, так и на фазу разворачивания, особенно, когда обработка непосредственно или опосредованно базируется на «чувствительных» данных, среди которых: расовая/этническая принадлежность, социально-экономическое положение, политические взгляды, религиозные/ философские верования, членство в профессиональных союзах, генетические/ биометрические данные, данные, связанные с состоянием здоровья или сексуальной жизнью/ориентацией. При выявлении фактов такой дискриминации, уполномоченным лицам необходимо применить корректирующие меры для ограничения/нейтрализации этих

¹ Конвенция о защите прав человека и основополагающих свобод. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf

² Про судостроїт та статус суддів: Закон України № 1402-VIII від 02.06.2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> Хёффе Отфрид. Справедливость: Философское введение / Пер. с нем. О. В. Кильдюшова под ред. Т. А. Дмитриева. — М.: Праксис, 2007. — 192 с.

³ Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Ухв. Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361/2006#Text>

⁴ Хёффе Отфрид. Справедливость: Философское введение / Пер. с нем. О. В. Кильдюшова под ред. Т. А. Дмитриева. — М.: Праксис, 2007. — с. 77

⁵ Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія /А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, В. С. Смородинський, О. В. Стомба / (Відп. ред. В. С. Бігун). — К., 2009. — с. 72

⁶ Решение Конституционного Суда Украины по делу № Зрп/2003 от 30 января 2003 года. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/470>

⁷ Rawls, John. Theory of Justice / John Rawls. – Rev. ed. – The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1999/ - 562 p. - p. 3. URL: www.consiglio.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=docs_biblio&file=BiblioContentuto_3641.pdf 16 European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment / Adopted at the 31-st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018). URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

рисков. Однако, для ее преодоления следует поощрять использование методов машинного обучения и междисциплинарного научного анализа⁸.

Безусловно, уровни достижений применения ИТ в целом, и ИИ, в частности, в правосудии различаются между странами. В Украине можно говорить об уже сформированной технологической инфраструктуре, которая является базисом для дальнейшего развития ИТ. В Украине активно идет работа по автоматизации судебных процедур, постепенно внедряется ЕСИТС, ее модуль «Электронный суд» уже работает.

Необходимо проделать много работы. В первую очередь необходимо понимание на самом высоком уровне возможных негативных последствий для утечки персональных данных, задекларированных прав человека в целом, дискриминации в частности, угрозу справедливости при вынесении судебных решений. Необходимы комплексные решения, правовое обеспечение, учет норм, стандартов, рекомендаций международных организаций.

Кабинет Министров Украины, в соответствии с ч. 4 ст. 116 Конституции Украины разрабатывает и осуществляет общегосударственные программы экономического, научно-технического, социального и культурного развития Украины. Министерством цифровой трансформации Украины в мае 2020 г. наработан проект Концепции развития ИИ в Украине¹⁸, первый шаг на пути к разработке Программы по данному направлению. В отчете о результатах публичного общественного обсуждения Концепции (далее – Отчет, см. на сайте министерства: <https://thedigital.gov.ua>) отсутствует реакция на предложенное направление государственной политики в сфере ИИ – Правосудие. Стоит отметить, что наибольший интерес общественности вызвало направление Образование и человеческий капитал, а также Наука и инновации. Ничего удивительного в этом нет, действительно, без образования и науки не будет достигнута основная цель Концепции – построение конкурентоспособной экономики Украины и стабильного общества. Но это цель не достижима и без реальной возможности эффективной судебной защиты прав, свобод, интересов каждого. При этом Концепция опирается и ретранслирует основные принципы Рекомендации Совета Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), которые являются первым межправительственным стандартом и направлены на поддержку инноваций и доверия к ИИ путем стимулирования ответственного управления заслуживающим доверия ИИ при обеспечении уважения прав человека и демократических ценностей. Украина к ним присоединилась в 2019 г.

К сожалению, в Отчете отсутствуют предложения специалистов в области технологии ИИ, касающиеся правосудия. И это неудивительно, по большому счету, обсуждать нечего, создается впечатление, во-первых, не понимания места и роли судебной власти в системе отечественной государственной власти, разделенной на три независимые ветви, во-вторых, не знания особенностей и проблем судебной системы Украины, а в-третьих, отсутствия серьезных и действительно необходимых действий, способных гарантировать право на справедливое судебное разбирательство для каждого.

Однако, Концепция развития искусственного интеллекта в Украине была одобрена распоряжением Кабинета Министров Украины № 1556-р от 02.12.2020 г.

Выводы. Пандемия коронавируса привнесла новые правила, полностью изменив мир, который уже не станет прежним: «судебное время остановилось»⁹. Эпидемия, как новая реальность, потребовала ускорить развитие ИТ, став для многих стран толчком перейти от формальностей к действиям. Например, в судах Италии произошли существенные изменения, и, как следствие, формальность восприятия Кодекса цифрового администрирования, регулирующего судебные процедуры в онлайн режиме в течение более 15 лет, стала руководством к действию. То, что в настоящее время выглядит как упрощение процесса принятия решения в правосудии, на самом деле может иметь побочный эффект, становясь вызовом для прав и свобод человека. Следует помнить, что изменения, которые вызывает развитие ИИ, не всегда предсказуемы, поэтому при хорошо обдуманных и последовательных действиях потенциальные угрозы смогут стать реальными возможностями. При внедрении технологий ИИ в правосудии необходимо осознавать несовершенство данных, на основе которых происходит машинное обучение, а потому уполномоченные на то органы и службы обязаны заботиться о недопущении дискриминации и нарушении прав человека.

Аннотация.

Развитие информационных технологий привело к созданию технологии искусственного интеллекта. Возможности искусственного интеллекта видятся безграничными. В статье рассматриваются перспективы внедрения искусственного интеллекта в правосудие. Одна из проблем, которая может при этом проявиться – дискриминация как прямая, так и непрямая. Повышенное внимание стоит уделять обработке информации, которая непосредственно или опосредованно базируется на «чувствительных» данных. При

⁸ European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment / Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018). URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> 18 Концепція розвитку штучного інтелекту в Україні: Схв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2020 р. № 1556-р URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020>

⁹ Stanchi A. Interrogativi categorici e imperativi strategici: brevi riflessioni sull'avvocatura e il diritto post neural networks. URL: <https://www.processociviletelematico.it/2020/05/13/a-warriorcant-be-a-warrior/>

использовании искусственного интеллекта в правосудии необходимо применять корректирующие меры для ограничения/нейтрализации этих рисков, чтобы принцип недискриминации был соблюден.

Summary.

The development of information technologies has led to the creation of artificial intelligence technology. The possibilities of artificial intelligence are seemingly endless. The article discusses the prospects for the introduction of artificial intelligence in justice. One of the problems that can manifest itself in this case is discrimination, both direct and indirect. Increased attention should be paid to the processing of information that is directly or indirectly based on "sensitive" data. When using artificial intelligence in justice, it is necessary to apply corrective measures to limit / neutralize these risks so that the non-discrimination principle is respected.

References:

1. Artificial Intelligence for Europe, COM(2018) 237. URL: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-237-F1-EN-MAIN-PART-PDF>
2. WHITE PAPER On Artificial Intelligence, COM (2020) 65. URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificialintelligence-feb2020_en.pdf
3. Predictive policing poses discrimination risk, thinktank warns. URL: <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/sep/16/predictive-policing-posesdiscrimination-risk-thinktank-warns>
4. Дремина-Волок Н.В. Экономическое неравенство и дистрибутивная парадигма международного антидискриминационного права / Н.В. Дремина-Волок. URL: <http://www.naukovipraci.nuoua.od.ua/arhiv/tom10/20.pdf>
5. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемчушенко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 5: П-С. – 2003. – 736 с.
6. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>
7. Бакальчук В.О. Впровадження антидискримінаційного права: етнополітичний аспект. URL: <http://old2.niss.gov.ua/content/articles/files/antydyskrimebb03.pdf>
8. Petersen N. The Principle of Non-discrimination in the European Convention on Human Rights and in EU Fundamental Rights Law. URL: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-981-10-6129-5_7
9. Конвенция о защите прав человека и основополагающих свобод. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf
10. Про судоустрій та статус суддів: Закон України № 1402-VIII від 02.06.2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>
11. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Ухв. Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361/2006#Text>
12. Хёффе Отфрид. Справедливость: Философское введение / Пер. с нем. О. В. Кильдюшова под ред. Т. А. Дмитриева. — М.: Праксис, 2007. — 192 с.
13. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення: колективна монографія / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, В. С. Смородинський, О. В. Стівба / (Відп. ред. В. С. Бігун). — К., 2009. — 316 с.
14. Решение Конституционного Суда Украины по делу № Зрп/2003 от 30 января 2003 года. URL: <http://www.csu.gov.ua/docs/470>
15. Rawls, John. Theory of Justice / John Rawls. – Rev. ed. – The Belknap Press of Harbard University Press Cambridge, Massachusetts, 1999/ - 562 p. - p. 3. URL: www.consiglio.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=docs_biblio&file=BiblioContenuto_3641.pdf
16. European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment / Adopted at the 31-st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018). URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-forpublication-4-december-2018/16808f699>
17. Концепція розвитку штучного інтелекту в Україні: Схв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2020 р. № 1556-п URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020>
18. Stanchi A. Interrogativi categorici e imperativi strategici: brevi riflessioni sull'avvocatura e il diritto post neural networks. URL: <https://www.processociviletelematico.it/2020/05/13/a-warrior-cant-be-a-worrier/>

Repina Julia,

*Candidate of Economic Sciences, Associate Professor
researcher, Research Institute of IPP. acad. V.V. Stashis NAPrN of Ukraine*

SEA PROTEST: COMPARATIVE LEGAL CHARACTERISTIC OF NOTARIAL ACTION UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE, RUSSIA, AND SPAIN

Yelyzaveta Ryzhkova, Iryna Lukina, Oleh Karliuhin, Maryna Yunusova

Keywords:

sea protest, notarial certificate, legislation, marine transport operations, cargo transportation.

This work aims to study, analyze and compare the legal norms regulating the procedure for filing and certifying a sea protest under the legislation of Ukraine, the Russian Federation, and Spain.

The development and analysis of legal aspects related to international maritime law and issues related to notarization of the sea protest were considered by I.M. Avramenko, G.M. Zhelezny, V.A. Vylegzhanin, O.S. Savich, T.V. Averochkina, A.V. Sidorenko, and other scientists.

During the navigation or anchorage, events may occur that will later become the basis for making property claims to the shipowner. To provide evidence to protect the shipowner's rights and legitimate interests, notaries accept the captain's statement about such an event and draw up a note of sea protest. The event implies the circumstances that do not depend on the will of people (landing on a shoal, fire on board, compression of the vessel by ice, and other accidents occurring at sea).

An accident that is the basis for filing property claims against the shipowner can occur during navigation or anchorage. The statement of the sea protest is made by the captain, who is responsible for the management of the vessel, including navigation, taking measures necessary to ensure the safety of navigation, protect and preserve the sea environment, prevent any harm to the vessel, people and cargo on it.

The statement of sea protest should briefly and accurately describe the circumstances of the incident and indicate the specific steps taken to prevent or reduce the damage and provide a set of information about the bona fide performance of their duties by the captain crew. It cannot be reduced to widespread and too general wording.

When describing other incidents, data on the main maneuvers of the vessel are provided. The information provided in the statement of sea protest must accurately correspond to the entries in the logbook. The statement is signed by the captain and sealed.

The statement of sea protest is accepted by a notary or an official of the consular institution, charged with performing notarial actions, if the statement of sea protest is filed abroad, from the captain to protect the rights and legitimate interests of the shipowner. The captain's statement contains detailed information about the incident during the navigation or anchorage of the vessel in port and the measures taken by the captain and crew to prevent adverse consequences. The legislation does not provide for a list of incidents that require mandatory preparation of a sea protest. This can be stated under any circumstances and incidents that, according to the captain, can lead to unfavorable consequences.

In the Russian Federation, the procedure for drawing up notes of sea protests by notaries is mainly regulated by the Merchant Shipping Code of the Russian Federation No. 81-FZ dated April 30, 1999 (hereinafter referred to as the MSC of the Russian Federation) and Fundamentals of Notarial Law No. 4462-I dated February 11, 1993.

When performing this notarial action, notaries must follow the rules issued based on international contracts and agreements in which the state participates.

Per Article 394 of the MSC of the Russian Federation, if an accident occurred while navigating or anchoring a vessel, which can be the basis for making property claims to the shipowner, the vessel's captain must submit the statement of sea protest to present evidence¹.

Per Article 99 of the Fundamentals of Notary Law of the Russian Federation, in protecting the shipowner's rights and legitimate interests, notaries accept the statement of the vessel's captain about the incident. Statements are accepted: *from the captains of sea-going vessels during their navigation both along sea routes and along rivers, lakes, reservoirs and other waterways; * from the captains of inland navigation vessels during their passage along sea routes, and along rivers, lakes, reservoirs, and other waterways when carrying out transportation with entering in seaports or in cases where the incident affects foreign interests; * from the

¹ Кодекс торгового мореплавания: Закон Российской Федерации от 30.04.1999 № 81-ФЗ. Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru. 13.07.2020.

captains of inland navigation vessels also in cases of collision at sea or in other waters with sea vessels, and in cases of salvage of inland navigation vessels by sea vessels; - from the commanders (captains) of warships and military auxiliary vessels when rescuing vessels in danger, as well as in other cases when situations arise that cause claims or to protect their interests; *from the captains of non-self-propelled river vessels, if an accident occurred during their passage along the sea routes, which may be the basis for bringing property claims to the shipowner¹.

Article 396 of the MSC of the Russian Federation provides that a sea protest statement is issued if an accident occurred: *in the port – within 24 hours from the moment of occurrence; *during the navigation of the vessel – within 24 hours from the moment of arrival of the vessel or the vessel's captain in the first port after the incident².

In certain legal situations, the filing of a sea protest may be postponed. If an accident occurs during a voyage, the statement of sea protest may be made during the arrival of the vessel or captain at a port other than the first port after the accident, avoiding significant losses of time and expenses related to entering the first port after the accident. At the same time, the statement of sea protest must indicate the reasons for the inability to submit the sea protest within the established time frame. The notary sets the time of arrival of the vessel at the port based on the entries in the logbook or the port captain's testimony, the time of occurrence – based on the entries in the logbook. If there are grounds to believe that the accident caused damage to the cargo on the bottom of the vessel, it is necessary to file the statement of sea protest before opening the hatches. The unloading of cargo on board before the announcement of a sea protest may be started only if necessary. The ban on opening hatches before filing the sea protest is established to ensure the objectivity of the captain's statement, who has not yet been familiarized with the cargo's state and the degree of damage to it. The fact of filing the sea protest before opening the hatches should be reflected in the captain's report. When drawing up a note of sea protest, it should be verified against the testimony of witnesses, entries in the logbook, and indicated in the report on sea protests. Personal notarial verification of the safety of seals on cargo hatches is not required.

If the logbook is lost, the statement of sea protest must contain the circumstances and reasons for the logbook loss. To draw up a note of sea protest, the notary must review the logbook, which is the main official document that objectively and sufficiently accurately reflects the vessel's continuous operation, various circumstances, and events accompanying this activity. An extract from the logbook certified by the captain must contain the facts stated in the sea protest statement, in particular, the time of arrival of the vessel at port and, if necessary, the fact that the hatches were not opened earlier, and the circumstances of the incident that caused the announcement of the sea protest, and measures taken by the captain and the vessel's crew, etc. If the logbook is lost, the note of sea protest is drawn up by the notary based on other data – a detailed statement of the captain about the circumstances of the incident, the circumstances of the loss of the logbook, and the testimony of witnesses.

According to Art. 400 of the MSC of the Russian Federation, a notary or an official of the consular office of the Russian Federation, based on the application by the vessel's captain, data of the logbook, an interview with the vessel's captain, and, if necessary, other members of the crew draw up a note of sea protest and certifies it with the signature and official seal³.

The content of the testimony of other crew members, other than the captain, can be of great importance since these persons in the process of performing their duties on the vessel could be witnesses of such details and circumstances of the incident that were not known. Under certain circumstances, the lack of testimony of the crew members in the note of sea protest may lead to the loss of their probative value.

The note of sea protest must contain, if possible, verbatim testimony of the captain and other interviewed crew members. These testimonies are submitted separately and signed in the presence of a notary. The testimony of crew members is certified by the notary according to the presented logbook. In the event of a discrepancy between the testimony and the entries in the logbook, the notary must invite the crew members to indicate the reasons for these discrepancies.

The note of sea protest must contain: *the date of the note, *the last name and initials of the notary making up the note of protest, the name of the notary district; *the full name, citizenship and place of residence of the captain who declared the sea protest, the name and flag of the vessel, its affiliation, postscript, registration number; *time of arrival; *time of receipt of the application from the captain; *date when the captain submitted the logbook to the notary for review; *description of the incident and measures taken (at the request of the captain and entries in the logbook); *description of the evidence examined by the notary; *full names, positions, citizenship, places of residence of the interviewed persons, the content of their testimony (citizenship and place of residence of the captain, in connection with the indication of this information at the beginning of the note,

¹ Основы законодательства Российской Федерации: Закон Российской Федерации от 11.02.1993 № 4462-1. Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru. 30.12.2020.

² Кодекс торгового мореплавания: Закон Российской Федерации от 30.04.1999 № 81-ФЗ. Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru. 13.07.2020.

³ Кодекс торгового мореплавания: Закон Российской Федерации от 30.04.1999 № 81-ФЗ. Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru. 13.07.2020.

do not require repetition); *registration number of the note in the notarial register; *indication of the amount of the collected state duty (notary rate); *notary's signature and official seal. The note of sea protest is drawn up in two copies, one of which is issued to the vessel's captain or an authorized person, and the other copy remains in the notary's file along with a written statement from the ship's captain and an extract from the logbook.

In Ukraine, the procedure for filing and executing a sea protest is regulated by Articles 94-95 of the Law of Ukraine On Notary, Chapter 18 of the notarial acts performance procedure by notaries of Ukraine, and the Merchant Shipping Code of Ukraine (hereinafter referred to as the MSCU).

Under Part 1 of Article 94 of the Law of Ukraine On Notary, the statement of sea protest can be filed only if an incident occurred during the period of navigation or anchorage, which can become the basis for presenting property claims to the shipowner⁴.

According to part 1 of Article 341 of the Merchant Shipping Code of Ukraine, this statement is filed by the captain to provide evidence to protect the shipowner's rights and legitimate interests. The sea protest is intended to confirm that the relevant event occurred, reflect the specified event's circumstances, etc. The note of sea protest can be used by the shipowner as evidence, for example, of not being guilty of damage to a certain property. According to part 2 of Article 341 of the Merchant Shipping Code of Ukraine, the statement of sea protest must contain a description of the circumstances of the incident and measures taken by the captain to ensure the safety of the property entrusted. A similar provision is contained in clause 1.2 of part 1 of Chapter 18 of the notarial acts performance procedure by notaries of Ukraine, which states that the note of sea protest must contain a description of the events that occurred and measures taken by the captain to ensure the protection of the property entrusted.

According to the provisions of Article 179 of the MSC of Ukraine, for damage caused as a result of loss or damage to cargo, the carrier is liable in the following amounts: *for loss and shortage of cargo – in the amount of the actual value of the lost cargo and the part of the cargo that was lost; *for damage to the cargo – in the amount by which it has decreased cargo cost⁵.

It is important to note that the commission of this notarial action is associated with a special place of its commission, the violation of which will result in the invalidity of the notarial action. Thus, according to Article 342 of the MSC of Ukraine, a sea protest is declared: *in the port of Ukraine – to a notary or other official authorized by law to perform notarial actions; *in a foreign port – to the consul of Ukraine or competent officials of a foreign state following the procedure established by the legislation of this state⁶.

The right to file a sea protest on the territory of Ukraine is granted only to a notary (Article 34 of the Law of Ukraine On Notary), so other people can't file a sea protest. It should also be noted that the drawing up of the note of sea protest by notaries of Ukraine can only be carried out concerning Ukrainian vessels. The sea protest concerning foreign vessels is submitted by an official of a foreign consulate. The legislation also sets special deadlines for submitting a statement of sea protest to a notary. Following the provisions of Articles 343 and 344 of the MSC of Ukraine in the port of Ukraine, a statement of sea protest is submitted within twenty-four hours from the moment of registration of the vessel's arrival at the port. If an event has occurred in the port that determines the need for a sea protest, the protest must be filed within twenty-four hours of the incident. If it is not possible to file a protest within the specified period, the reasons for this must be indicated in the statement of sea protest. If there is reason to believe that the incident caused damage to the cargo on board, it is necessary to file a statement of sea protest before opening the hatches. The unloading of cargo prior to the statement of sea protest may only be started if necessary.

The notary, based on the captain's statement, data from the logbook, and a survey of the captain and, if possible, at least four witnesses from among the crew members, including two officers, draws up the note of sea protest and certifies it with the signature and seal. A copy of the note is issued to the captain or authorized person. Drawing up the note of sea protest before submitting the statement to the notary, presenting the captain's logbook, and providing the notary with a certified copy of the statement from the logbook. According to Article 346 of the MSC of Ukraine, a notary or other official, based on the captain's statement, data from the logbook, the captain's survey, and if necessary, other witnesses from the vessel's crew draws up the note of sea protest and certifies it with the signature and seal.

According to the provisions of Article 347 of the MSC of Ukraine, the acceptance of the statement of sea protest from the captains of foreign vessels and the preparation of notes of sea protest in these cases can be carried out by the relevant consular representatives of foreign states in Ukraine. Sea protests abroad are declared by officials of consular institutions of Ukraine or officials of a foreign state. A copy of the note is issued to the

⁴ Про нотаріат: Закон України від 02 вересня 1993 року № 3425-XII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1993. № 39. Ст.383.

⁵ Кодекс торговельного мореплавства України: Закон України від 23.05.1995 року № 176/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 47. Ст. 349.

⁶ Кодекс торговельного мореплавства України: Закон України від 23.05.1995 року № 176/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 47. Ст. 349.

captain or authorized person. The second copy with the captain's statement and an extract from the logbook remains in the materials of the notarial act¹.

In many countries, especially in Scandinavia, sea protests are taken for granted. The legislation of some countries allows the possibility of supplementing a previously made statement of sea protest. For example, in the United Kingdom, the United States, Canada, Germany, and other countries, a captain has the right to expand the statement about a sea protest if later becomes aware of such circumstances, the presence of which was not known at the time of filing a sea protest. In any case, a sea protest, as previously indicated, is not considered irrefutable evidence and is subject to court verification or arbitration, including by comparison with the evidence presented by another interested party.

The Kingdom of Spain is a sovereign state, a parliamentary monarchy with a democratic regime, occupying most of the Iberian Peninsula. Spain can rightfully be considered a fairly significant, strong maritime power with developed maritime legislation.

As a maritime power with a fairly developed maritime law, Spain participates in various maritime conventions. The third book of the Spanish Commercial Code (hereinafter referred to as the Spanish CC) regulates maritime trade provisions. Legal provisions contained in this section regulate relations arising in the field of merchant shipping. As already noted, these norms mostly correspond to the provisions of, for example, the MSC of the Russian Federation, i.e., they are Spanish analogs of MSC.

Commercial vessels are property that can be bought or transferred in any way recognized by law. The acquisition must be specified in the relevant documents (Article 579 of the Spanish CC). The shipowner is responsible for the actions of the captain (Article 586). The shipowner is not responsible for the obligations under the captain's contract in the event of exceeding official powers (Article 588). If the vessel has several owners, they are responsible for their share in the vessel's ownership (Article 590).

Per Article 596 of the Spanish CC, the shipowner can perform the captain's functions. If two or more co-owners simultaneously express a desire to become the captain, the decision will be made by voting.

The provisions of the Spanish CC regulate the responsibility of shipowners and captains.

The code contains provisions related to collisions. For example, Article 827 establishes joint liability for both colliding vessels if the collision occurred due to their fault. This also applies when it is impossible to establish who is to blame for the collision (Article 828). If the collision was the result of force majeure, each vessel bears its own losses under Article 830.

Article 835 of the Code regulates the institute of sea protest. The provisions are similar, for example, to Russian legislation in this area (as far as the application period and conditions are concerned). Having analyzed the norms of Spain's national legislation on merchant shipping, one can once again agree with the statement about the similarity of the norms of the Spanish Commercial Code with the provisions of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation.

Thus, the order since the formation of sea transport, when the first action of the captain who went ashore, was an expression of dissatisfaction with the destructive effect of waves, stormy weather, and other unfavorable factors due to which the vessel and cargo could be damaged during the voyage, subsequently received the term "sea protest". This term is accepted in merchant shipping practice as the complete reflection of the essence of this legal document. In fact, the laws of different countries recognize the same role of the sea protest in protecting the shipowner's interests. It should be noted that to conduct a sea protest, it is not necessary to have actual data on the damage. The captain only needs to assume the possibility of losses from a certain event, which is also related to navigation peculiarities. Statements of sea protests are possible only in harm to other individuals or legal entities (cargo owner, port, individual citizens). If the accident caused damage only to the shipowner, there are no grounds for filing a sea protest. Thus, if during the period of navigation or anchorage in the port an event occurs that may be the basis for presenting property claims against the shipowner, the captain draws up a statement of sea protest in the form established by law to provide evidence in defense of the interests of the shipowner. In the Russian Federation, Ukraine, and Spain, the relations arising from merchant shipping are governed by the Merchant Shipping Codes, which contain norms regarding the crew, shipowners' liability, general average, collisions of vessels, marine insurance, vessel chartering, and others, as well as the legislation on notaries.

Abstract.

The World Ocean is the largest transport territory on Earth, through which most of the world's exports pass. The intensive development of merchant shipping inevitably led to the formation and improvement of certain forms and methods of protecting the interests of the sea carrier (shipowner) and the owner of the goods being transported. Thus, one of the ways to provide evidence that has its own peculiarities is a sea protest. This article deals with the specifics of the latter's legal regulation under the legislation of Ukraine, Russia, and Spain.

¹ Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: наказ Міністерства юстиції України 22.02.2012 року № 296/5. Офіційний вісник України. 2012. № 17. Ст. 632.

References:

1. Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18.10.2018 року № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.
2. Кодекс торгового мореплавания: Закон Российской Федерации от 30.04.1999 року № 81-ФЗ. Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru. 13.07.2020.
3. Про нотаріат: Закон України від 02 вересня 1993 року № 3425-XII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1993. № 39. Ст.383.
4. Кодекс торговельного мореплавства України: Закон України від 23.05.1995 року № 176/95-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 47. Ст. 349.
5. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: наказ Міністерства юстиції України 22.02.2012 року № 296/5. Офіційний вісник України. 2012. № 17. Ст. 632.

Yelyzaveta Ryzhkova,

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Makiivka Economic and Humanitarian Institute,
Kramatorsk*

Iryna Lukina,

*Associate Professor, Candidate of Juridical Sciences, Head of the Department of Jurisprudence, Makiivka Economic and Humanitarian
Institute, Kramatorsk*

Oleh Karliuhin,

Student of Makiivka Economic and Humanitarian Institute, Kramatorsk

Maryna Yunusova,

Student of Makiivka Economic and Humanitarian Institute, Kramatorsk

SPECIFIC FEATURES OF LEGAL PROTECTION OF LAND PLOTS FOR COTTAGE CONSTRUCTION IN UKRAINE

Особенности правовой охраны земельных участков для дачного строительства в Украине

Stanislav Savchenko

Key words:

land protection, land plot, recreational land, land for suburban construction, suburban land plot, harmful effects, land pollution.

Ключевые слова:

охрана земель, земельный участок, земли рекреационного назначения, земли для дачного строительства, дачный земельный участок, вредное воздействие, загрязнение земель.

Актуальность исследования. Сущность «правовой охраны земель рекреационного назначения» как отдельной правовой категории связана с состоянием общественных отношений, при котором с помощью правовых норм и мероприятий различного характера (экономического, экологического, земельно-правового, научно-технического и др.) гарантируется сохранение, а при необходимости восстановление, рациональное использование данных земель, а также применение мер юридического воздействия к нарушителям требований законодательства об охране земель в указанной сфере. Отметим, что в современных условиях обеспечение надлежащих условий охраны дачных земельных участков существенно актуализируется. Это обусловлено тем, что, с одной стороны, названные земли выступают объектом хозяйственного использования, а с другой – важной составляющей окружающей среды, которые отнесены законом к группе особо охраняемых земель.

Состояние исследования. Вопросы, посвящённые правовому режиму земель рекреационного назначения, а также охране земель в Украине, исследовались в работах В. И. Андрейцева, А. Г. Бобковой, Н. С. Гавриш, И. И. Каракаша, Т. В. Лисовой, В. В. Носика, А. Н. Мирошниченко, П. Ф. Кулинича, Н. И. Палий, В. Д. Сидор, М. М. Скляр, М. В. Шульги и других учёных-юристов. Однако, несмотря на наличие ряда научных разработок в этой сфере, вопрос относительно особенностей правовой охраны земельных участков для дачного строительства до сих пор в полной мере не изучен, как и отсутствуют специальные правовые нормы, регламентирующие специфику правовой охраны таких земель.

Цель статьи. Целью данной статьи является разработка на основе действующих норм земельного законодательства Украины, а также научно-правовых наработок в сфере правового регулирования охраны земель рекреационного назначения теоретического обоснования особенностей правовой охраны земельных участков для дачного строительства. Это будет способствовать как защите прав собственников и землепользователей данных участков, так и защите благоприятного состояния окружающей среды в целом.

Методы и использованные материалы. Методология исследования особенностей правовой охраны дачных земельных участков базируется на правовых положениях общенаучного диалектического метода научного познания. Кроме того, для полного и всестороннего раскрытия темы статьи использованы системно-структурный, формально-юридический и формально-логический методы. Теоретической базой для подготовки данного исследования послужили разработки представителей украинской и российской земельно-правовой науки, а также материалы судебной практики. Нормативную основу исследования составляет земельное и экологическое законодательство Украины.

Изложение основного материала. Земельно-правовой наукой доказано, что определение видов использования земель обусловлено множественностью целей использования земельных участков, входящих в каждую из категорий земель. При этом учёными подчеркиваются необходимость и практическая значимость выяснения юридической природы и сущности таких понятий, как «целевое» и «функциональное» использования земли, до сих пор не определённых законодательством.

Действующее земельное законодательство не раскрывает содержание понятия «вид использования земельного участка». В то же время в ст. 20 Земельного кодекса Украины¹ содержится указание о том, что

¹ Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.

вид использования земельного участка в пределах определённой категории земель (кроме земель сельскохозяйственного назначения и земель обороны) определяется его собственником или пользователем самостоятельно в пределах требований, установленных законом к использованию земель этой категории, с учётом градостроительной документации и документации по землеустройству.

Видами использования земель рекреационного назначения являются следующие: 1) для строительства и обслуживания объектов рекреационного назначения; 2) для строительства и обслуживания объектов физической культуры и спорта; 3) для индивидуального дачного строительства; 4) для коллективного дачного строительства; 5) для перечисленных целей и для сохранения и использования земель природно-заповедного фонда.

В зависимости от места расположения земельных участков также выделяют три вида земель рекреационного назначения: а) земли, на которых расположены зоны оздоровительного отдыха в пределах населённых пунктов; б) земли пригородных и зелёных зон; в) земли, на которых расположены зоны оздоровительного отдыха населения за пределами населённых пунктов. Итак, особенности правового режима земель рекреационного назначения зависят от места их расположения, вида природных объектов на них и вида объекта, определённого как рекреационный².

В юридической литературе выделяют следующие признаки земель рекреационного назначения: а) возможность использования их для организации организованного отдыха населения в связи с функционированием на них естественных, природных, социальных и природно-антропогенных комплексов; б) подтверждение в порядке, предусмотренном законодательством, качеств земельных участков суши и водного пространства, которые способствуют оздоровлению физиологических, психологических, генетических и духовных свойств людей; в) установление порядка пользования такими землями для долгосрочного и краткосрочного отдыха населения; г) взаимодействие с другими компонентами естественной среды; д) необходимость охраны этих земель от негативного влияния естественных и антропогенных явлений.

К землям рекреационного назначения относятся также земли, предоставленные для дачного строительства и сооружения других объектов стационарной рекреации. Отнесение новых земельных участков, выделяемых для строительства дач, к землям рекреационного назначения, осуществляется на основе сведений, предоставляемых при застройке. Земельные участки для дачного строительства предоставляются в общем порядке.

Застройка дачных участков осуществляется в соответствии с градостроительными требованиями. Земли общего пользования дачного кооператива безвозмездно передаются ему в собственность по ходатайству высшего органа управления кооператива в соответствующий орган исполнительной власти или орган местного самоуправления на основании технической документации по землеустройству. Однако специфика этой категории земель возлагает на их владельцев дополнительные обязательства относительно соблюдения охранного режима их использования, который является более строгим, по сравнению с большинством других категорий земель, за исключением земель оздоровительного назначения и земель природно-заповедного фонда³.

Объектом настоящего исследования являются общественные отношения в сфере охраны земель для дачного строительства. В связи с этим необходимо уточнить специфику правового режима данных земель, связанную именно с их правовой охраной.

В Государственных строительных нормах Украины⁴ дачный дом определяется как жилой дом усадебного типа для использования в течение года для отдыха, временного пребывания или постоянного проживания. Территории дачной застройки предназначены для организации отдыха граждан. Размещение новой дачной застройки в пределах населённых пунктов, а также на территориях, где действуют планировочные ограничения, в т. ч. на территориях лесов и лесопарков, объектов природно-заповедного фонда и их охранных зон, в санитарно-охранных зонах курортов, водоохраных зонах, на резервных загородных территориях, предусмотренных документацией по пространственному планированию для дальнейшего развития населённых пунктов, на территориях инженерно-транспортной и природоохранной инфраструктуры не допускается. Новую дачную застройку рекомендуется размещать за пределами населённых пунктов на земельных участках с целевым назначением для индивидуального дачного строительства. Существующие территории дачной застройки, расположенные в границах населённых пунктов или пригородных зонах, относятся к рекреационным зонам с озеленёнными территориями ограниченного использования. Территорию дачной застройки следует распределять на зоны индивидуального (сады, дачные участки) и общего пользования.

² Збірник за результатами діяльності Legal Research Group з екологічного права на тему «Еколого-правові аспекти сталого управління природними ресурсами» / за заг. ред. О. В. Кравченко. Львів: Видавництво «Компанія "Манускрипт"», 2017. С. 13.

³ Сидор В. Д. Землі рекреаційного призначення. *Велика українська юридична енциклопедія*. Т. 16 : Земельне та аграрне право / редкол.: М. В. Шульга (голова), В. В. Носік, П. В. Кулинич (заст. голови), та ін. ; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і прав ім. В. М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2019. С. 299, 300.

⁴ ДБН Б-2.2-12:2018 «Планування і забудова територій». URL: <http://kbu.org.ua>.

Так, в соответствии с ГСН Б-2.2-12:2018 «Планирование и застройка территорий» зона индивидуального пользования с улично-дорожной сетью должна составлять до 90 % от общей территории такой застройки. Между железной дорогой и жилой застройкой следует предусматривать санитарно-защитную зону, ширина которой, считая от оси крайнего железнодорожного пути до зданий (при условии обеспечения на прилегающей территории жилой и общественной застройки нормативных уровней шума) должны быть не менее 100, а при расположении железной дороги в выемке и при осуществлении специальных шумозащитных мероприятий на расстоянии не менее 50 м. При этом, более 50 % площади санитарно-защитной зоны должно быть озеленено. Ее ширину до границ участков дачной застройки следует принимать не менее 50 м при обязательном использовании шумозащитного озеленения или других шумозащитных и природоохранных мероприятий. Минимальные расстояния, например, от АЗС до объектов, расположенных вне территории АЗС, измеряются от ближайшего из взрывоопасных устройств и источников загрязнения сооружений АЗС до границ земельных участков усадебной застройки и дачных домов. Не допускается в пределах санитарно-защитных зон размещение дачных участков. Расстояние от домов, зданий и сооружений сельских населенных пунктов, а также от границ участков дачных поселений до лесных участков должна быть 20, 50, 100 м – соответственно с деревьями лиственного, смешанного и хвойного леса. На территории дачной и садовой застройки необходимо предусматривать запасы воды для пожаротушения. У водных источников, определенных для пожаротушения, должны быть оборудованы участки для установки пожарных автомобилей и мотопомп¹.

Также следует иметь в виду, что в Украине в соответствии с Законом Украины «О моратории на изменение целевого назначения отдельных земельных участков рекреационного назначения в городах и других населенных пунктах» от 17 марта 2011 г.² введен мораторий сроком на пять лет на изменение целевого назначения отдельных земельных участков рекреационного назначения независимо от формы собственности в городах и других населенных пунктах. Кроме того установлен особый порядок изменения целевого назначения земель рекреационного назначения. В соответствии с ч. 9 ст. 149 Земельного кодекса Украины изъятие земель рекреационного назначения из состава земель государственной собственности, которые находятся в постоянном пользовании, осуществляется по решению Кабинета Министров Украины.

Н. И. Палий предложила юридические критерии отграничения правового режима земель рекреационного назначения от других категорий земель путём проведения комплекса работ по инвентаризации земель, на которых расположены объекты стационарной и временной рекреации, а также по выявлению земель с природными комплексами и объектами природного или искусственного происхождения, имеющих особое рекреационное значение. Они могут использоваться с целью организации краткосрочного или долгосрочного отдыха населения, туризма и проведения спортивных мероприятий. Возможно и отнесение их в установленном порядке к соответствующей категории земель рекреационного назначения с определением в натуре (на местности) их границ³. Кроме того исследовательница предложила принятие Закона Украины «Об использовании земель рекреационного назначения», однако до сих пор такой нормативный акт в Украине не принят.

На землях рекреационного назначения запрещается деятельность, которая препятствует или может препятствовать использованию их по назначению, а также негативно влияет или может повлиять на природное состояние этих земель (ч. 3 ст. 52 Земельного кодекса Украины). Кроме того, Законом Украины «Об охране земель»⁴ (ст. 46) с целью предупреждения загрязнения земель запрещаются несанкционированный сброс и размещение отходов, в т. ч. бытовых, в подземных горизонтах, на территории городов и других населенных пунктов, на землях природно-заповедного и другого природоохранного назначения, оздоровительного, рекреационного и историко-культурного назначения, в пределах водоохранных зон и зон санитарной охраны водных объектов, в других местах, что может создавать опасность для окружающей природной среды и здоровья человека.

Для предотвращения причинения вреда окружающей среде, предупреждения загрязнения земель, а также обеспечения экологической безопасности в процессе принятия решений о проведении хозяйственной деятельности, которая может иметь значительное влияние на окружающую среду и состояние земель, проводится оценка воздействия на окружающую среду. Правовые и организационные основы оценки воздействия на окружающую среду регламентируются специальным Законом Украины «Об оценке воздействия на окружающую среду» от 23 мая 2017 г. № 2059-VIII⁵. Влияние на окружающую среду –

¹ ДБН Б-2.2-12:2018 «Планування і забудова територій». URL: <http://kbu.org.ua>.

² Про мораторій на зміну цільового призначення окремих земельних ділянок рекреаційного призначення в містах та інших населених пунктах: Закон України від 17.03.2011 р. № 3159-VI. *Офіційний вісник України*. 2011. № 40. Ст. 400.

³ Палий Н. І. Правове регулювання використання та охорони земель рекреаційного призначення: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2011. 224 с.

⁴ Про охорону земель: Закон України від 19.06.2003 р. № 962-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 29. Ст. 1431.

⁵ По оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23.05.2017 р. № 2059-XIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 29. Ст. 315.

это любые последствия плановой деятельности для окружающей среды, в т. ч. последствия для безопасности жизнедеятельности людей и их здоровья, почвы, ландшафта, природных территорий, естественных объектов и других материальных объектов или совокупности этих факторов, а также последствия социально-экономических условий, что является результатом изменения этих факторов. Сферу обращения с отходами, которая тоже может привести к загрязнению земель промышленными, бытовыми и другими отходами, можно отнести к роду такой деятельности. Именно поэтому оценка воздействия на окружающую среду осуществляется с соблюдением требований законодательства об охране окружающей природной среды, об охране земель, с учётом норм об охране окружающей среды и экологической сети⁶. Что касается рассмотрения судебных споров, связанных с использованием и охраной земельных участков рекреационного назначения, в т. ч. для дачного строительства, Верховным Судом вынесено постановление, в соответствии с которым⁷ землевладелец обязан осуществлять право собственности относительно принадлежащего ему земельного участка с учётом положений Закона Украины «О природно-заповедном фонде Украины».

Выводы. Выяснение правовой природы охраны земель для дачного строительства позволило выделить следующие особенности такой охраны: во-первых, охрана земель для дачного строительства неразрывно связана с необходимостью охраны других природных ресурсов, которые в совокупности создают надлежащие условия для отдыха людей. То есть фактически речь идет о реализации охранительной функции земель рекреационного назначения. Во-вторых, юридическая ответственность за правонарушения в сфере охраны земель для дачного строительства должна устанавливаться с учётом особенного комплексного характера отношений между государством и лицами, нарушившими нормы земельного законодательства в соответствии с принципом «нарушитель платит». В-третьих, к основным видам правонарушений в сфере охраны указанных земель относятся нарушение градостроительного законодательства в процессе застройки и использования дачных земельных участков, самовольное строительство, нарушение архитектурных норм, несанкционированный сброс и размещение отходов, нарушение норм о задымлении и зашумлении и др. В-четвёртых, земельные участки для дачного строительства выступают объектом экологической информации, мониторинга окружающей среды, а также государственного и общественного контроля за состоянием их использования, воспроизводства и охраны. В-пятых, незаконная деятельность на дачных земельных участках прямо влияет на выполнение охранительной функции таких земель, а также может нарушать интересы громады.

Аннотация.

Статья посвящена теоретическому обоснованию особенностей правовой охраны земельных участков для дачного строительства, что способствует как защите прав собственников и землепользователей данных участков, так и благоприятному состоянию окружающей среды в целом. Резюмируется, что охрана земель для дачного строительства неразрывно связана с необходимостью охраны других природных ресурсов, которые в совокупности создают надлежащие условия для отдыха людей, то есть фактически речь идет о реализации охранительной функции земель рекреационного назначения. Во-вторых, юридическая ответственность за правонарушения в сфере охраны земель для дачного строительства должна устанавливаться с учётом особенного комплексного характера отношений между государством и лицами, нарушившими нормы земельного законодательства с учётом принципа «нарушитель платит». Сделан вывод, что к основным видам правонарушений в сфере охраны указанных земель относятся нарушение градостроительного законодательства в процессе застройки и использования указанных земельных участков, самовольное строительство, нарушение архитектурных норм, несанкционированный сброс и размещение отходов, нарушение норм о задымлении и зашумлении и др. Обосновано, что земельные участки для дачного строительства выступают объектом экологической информации, мониторинга окружающей среды, а также государственного и общественного контроля за состоянием их использования, воспроизводства и охраны. На основании анализа норм об охране земель в Украине аргументируется, что незаконная деятельность на дачных земельных участках прямо влияет на выполнение охранительной функции таких земель, а также может нарушать интересы громады.

Summary.

The article is devoted to the theoretical substantiation of the features of the legal protection of land plots for summer cottage construction, which will contribute to both the protection of the rights of owners and land users of these plots, and the favorable state of the environment in general. It is summarized that the protection

⁶ Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 41. Ст. 546; Про екологічну мережу в Україні: Закон України від 24.06.2004 р. № 1864-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 45. Ст. 502.

⁷ Постанова ВС/КАС від 14.05.2020 р. у справі № 316/1416/17/. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_kas_vp_vid_14_05_2020_roku_u_spravi_316_1416_17/.

of land for summer cottage construction is inextricably linked with the need to protect other natural resources, which together create the appropriate conditions for recreation of people, that is, in fact, we are talking about the implementation of the protective function of recreational lands. Secondly, legal responsibility for offenses in the field of land protection for summer cottages should be established taking into account the special complex nature of relations between the state and persons who have violated the norms of land legislation, taking into account the principle «the offender pays». It was concluded that the main types of offenses in the field of protection of these lands include violation of town planning legislation in the process of building and using these land plots, unauthorized construction, violation of architectural norms, unauthorized dumping and disposal of waste, violation of smoke and noise regulations, etc. that land plots for summer cottage construction are the object of environmental information, environmental monitoring, as well as state and public control over the state of their use, reproduction and protection. Based on the analysis of the norms on land protection in Ukraine, it is argued that illegal activity on suburban land plots directly affects the performance of the protective function of such lands, and can also violate the interests of the community.

References:

1. Земельний кодекс України: Закон України від 25.10.2001 р. № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14> (дата звернення: 01.11.2020).
2. Збірник за результатами діяльності Legal Research Group з екологічного права на тему «Еколого-правові аспекти сталого управління природними ресурсами» / за заг. ред. О. В. Кравченко. Львів: Видавництво «Компанія "Манускрипт"», 2017. 220 с.
3. Сидор В. Д. Землі рекреаційного призначення. *Велика українська юридична енциклопедія*. Т. 16 : Земельне та аграрне право / редкол.: М. В. Шульга (голова), В. В. Носік, П. В. Кулинич (заст. голови), та ін. ; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і прав ім. В. М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2019. С. 296–300.
4. ДБН Б-2.2-12:2018 «Планування і забудова територій». URL: <http://kbu.org.ua> (дата звернення: 01.11.2020).
5. Про мораторій на зміну цільового призначення окремих земельних ділянок рекреаційного призначення в містах та інших населених пунктах: Закон України від 17.03.2011 р. № 3159-VI. *Офіційний вісник України*. 2011. № 40. Ст. 400.
6. Палій Н. І. Правове регулювання використання та охорони земель рекреаційного призначення: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2011. 224 с.
7. Про охорону земель: Закон України від 19.06.2003 р. № 962-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 29. Ст. 1431.
8. По оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23.05.2017 р. № 2059-XIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 29. Ст. 315.
9. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.
10. Про екологічну мережу в Україні: Закон України від 24.06.2004 р. № 1864-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 45. Ст. 502.
11. Постанова ВС/КАС від 14.05.2020 р. у справі № 316/1416/17/. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_kas_vp_vid_14_05_2020_roku_u_spravi_316_1416_17/ (дата звернення: 02.11.2020).

Stanislav Savchenko,

Postgraduate Student of the Department of Land and Agrarian Law of Yaroslav Mudryi National Law University

LEGAL PROBLEMS OF INFORMATION PROVIDING OF CONSUMER LENDING

Oleksandra Savchuk

Keywords:

consumer, information security, non-banking financial market, loans.

Problem statement. The rapid growth of consumer lending in the non-banking financial market is due to several reasons. Among them are relatively strict requirements for borrowers' creditworthiness on consumer loans in banks and simultaneous disregard for lending principles by non-banking financial institutions. The problem in this area is also the not provision of information to consumers about the terms of consumer credit, as a result of which is most of the receipt of such loans at unreasonably inflated interest rates and sanction for violation of the terms of loan agreements by economically ignorance by consumers.

The purpose of the study. To determine the adequacy of information security for the rights of recipients of consumer loans, to eliminate contradictions and equalise the rights of borrowers of these loans in both banking and non-banking institutions.

Analysis of the latest research and publications. The legal regulation of consumer lending has been repeatedly investigated by scientists, both lawyers and economists. Some issues of ensuring the rights of consumer loan recipients in the field of lending information were considered in scientific papers of V.P. Yanishen, Yu. V. Vitka, V. M. Harabara, L. Ivanenko, S.V. Hlibko, N. G. Radchenko and others. The modern task in the study of these issues is to determine the compliance of the state of regulatory legal support for consumer rights in the context of the combination of state regulation of consumer lending under the control of one entity - the National Bank of Ukraine.

Presentation of the main material. The National Bank of Ukraine (hereinafter referred to as the NBU) became a regulator of non-banking financial institutions on July 1, 2020 on the basis of the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding the Improvement of Functions for State Regulation of Financial Services Markets" September 12, 2019 № 79-IX, which came into force on July 01, 2020. The powers of the NBU in the field of tasks of our research are regulated in paragraph 34 of part 1 of Article 7 of the Law of Ukraine "On the National Bank of Ukraine" (the relevant changes came into force on January 19, 2020). And the NBU began to protect the rights of consumers of financial services, both banking and services of other financial institutions and persons - non-financial institutions whose activities are subject to state regulation and supervision of the NBU.

The norms of Article 56 of the Law of Ukraine "On Banks and Banking" (hereinafter referred to as the Law "On Banks") are reference and provide for the obligation of banks and the NBU to ensure the rights of clients to access information about the bank's activities, banking services in the period until they are received on the basis of relevant agreements, after receiving and providing the minimum amounts of information defined in the NBU regulations to their own website. In more detail, the obligations of banks to provide information for their activities and customer rights are regulated in the Regulations on Information Support of Banking Clients for Banking and Other Financial Services, approved by the NBU of November 28, 2019 № 141¹.

Let's consider the views of scientists on the problems of legal support of information turnover in the regulation of consumer lending.

V.P. Yanishen points out the positive impact of the regulatory consolidation in the Law of Ukraine "On Consumer Lending" of the information provided to the consumer prior to the conclusion of the consumer loan agreement².

At the same time, Yu. V. Vitka proposed to include in the information to be disclosed on the website of the lending entity information on the application of measures of influence for their violation by the authorities exercising state regulation of financial services markets an effective interest rate³.

V.Ya. Pogrebnyak in his study proposed to highlight the following information, which should be communicated to the consumer: the method and procedure for granting and repaying the loan, the number and frequency of payments, the amount of the interest rate, its type, the procedure for calculating, changes, the full cost of

¹ Положення про інформаційне забезпечення банками клієнтів щодо банківських та інших фінансових послуг: затв. ПП НБУ від 28.11.2019 № 141. Офіційний вісник України від 02.01.2020, № 1, стор. 82, стаття 14, код акта 97310/2019

² Янишен В. П.. Закон України «Про споживче кредитування»: нові стандарти захисту прав позичальників. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 52-62

³ Вітка Ю. В. Правове регулювання споживчого кредиту: стан та перспективи. *Фінанси України*. 2013. № 10. С. 75-86.

the loan, the annual interest rate, the cost of additional services to be provided in the fulfilment of the main contract¹.

V. M. Harabara agrees with this position, pointing out that at least consumers should know the actual cost of the loan, the effective interest rate and information about any other payments that are paid for the issuance, maintenance and repayment of the loan. Unfortunately, the practice of disclosure in Ukraine is inappropriate, from disclosure in the period to the conclusion of the contract and throughout the term of the contract².

All the comments mentioned above are reflected in the current Law of Ukraine "On Consumer Lending" of November 15, 2016. № 1734-VIII³ (hereinafter referred to as Landing Act).

V. P. Yanishen notes that bringing reliable and complete information to the attention is mandatory when granting consumer credit, as this factor is key to making a decision for the economically weak party. The scientist in his study focusses on the requirements of current legislation and does not provide additional information that would be useful to the consumer⁴. But L. Ivanenko proposes to provide additional information about the advantages and disadvantages of the proposed loan schemes.⁵

S. V. Hlibko draws attention to the provision of foreign legislation that regulates the procedure for granting consumer credit⁶. For example, he focusses on EU Directive 87/102⁷, which focusses on consumer protection, in particular when specifying the information to be placed in advertising and before concluding a contract. Unfortunately, the above directive is no longer valid. We propose to consider EU Directive 2008/48, on regulating this issue. In particular, before concluding the contract, information must be provided on the terms, cost of the loan, the annual interest rate, interest, commissions, taxes, fees for credit intermediaries and any other fees that the consumer must pay in connection with the loan agreement, additional services that are mandatory for obtaining the loan⁸. A positive factor is that the current Law of Ukraine "On Consumer Lending" of November 15, 2016. 1734-VIII provides for the provision of relevant information.

N. G. Radchenko emphasises that the level of awareness of lending conditions is low. Unfortunately, the scientist does not specify a specific list of information that the economically weak side should be aware of. However, in our opinion, the author's proposals on measures to be carried out by organisations to improve the level of awareness of ordinary citizens is correct. For example, improving the quality of services, conducting training sessions for staff, improving the mechanism for reducing the cost of credit, etc⁹.

At the same time, according to a USAID study carried out in 2017, the level of informing the borrower about the conditions for applying for loans in writing is quite low. In 68% of secret shoppers' visits, potential borrowers were not provided with any written information on the loan at all, telling all the terms of the loan exclusively orally. At least in part, only banks and credit unions (mainly mortgages and car loans) provide information about the loan in writing, while pawnshops and financial companies provided information exclusively orally on almost all visits. 79% of creditors, in violation of the Law of Ukraine "On Consumer Lending," refused to provide the consumer with a draft contract¹⁰.

Ensuring effective protection of the "weak" party to credit relations is important in this aspect¹¹.

These shortcomings in the legal regulation of consumer lending information support are usually caused by the lack of legislative accounting of consumer rights. Recently, there has been a change in the norms of

¹ Погребняк В. Я. Цивільно-правове регулювання відносин споживчого кредитування в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Харків, 2016. С. 12

² Харабара В. М. Проблеми розвитку споживчого кредитування України. *Інвестиції: практика та досвід*. № 5. 2016. С. 44.

³ Про споживче кредитування: Закон України від 15.11.2016 № 1734-VIII. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 1, ст.2

⁴ Янишен В. П. Закон України «Про споживче кредитування»: нові стандарти захисту прав позичальників. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 57

⁵ Іваненко Л. Правові засади споживчого кредитування. *Вісник КНТЕУ*. 2011. № 1. С. 105.

⁶ Глібо С. В. Деякі питання регламентування надання банками споживчих кредитів. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2008. Вип. 15. С. 82

⁷ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31987L0102&qid=1612266468218>

⁸ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0048>

⁹ Радченко Н. Г. Споживче кредитування: сучасний стан та проблеми розвитку. *Збірник наукових праць Таврійського державного агротехнологічного університету (економічні науки)*. 2014. № 2. С. 184.

¹⁰ Вітка Ю., Грищенко Т., Бурак Т. Споживче кредитування в Україні: правові гарантії та поточна практика. Звіт за результатами дослідження з питань споживчого кредитування: перша хвиля. USAID. 2017. С. 23-24.

¹¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. Москва: «Статут», 1999. =С. 792.

legislation in this area, it can have a positive impact on consumer protection. Let's analyse where the legislative regulation of the relevant legal relations is.

In fact, the information relations between banks and their clients regarding the provision of consumer loans can be grouped as follows, taking into account the focus of the content of NBU regulations:

1. Placement by banks of information on the bank's activities, management structure of the bank, Article 56 of the Law "On Banks", Regulations on the Procedure for Submission of Information on the Ownership of the Bank, approved by a decision of the Board of NBU of May 21, 2015 No. 328¹².

2. Informing the bank about the conditions and procedure for banks to provide banking and other financial services, on all its websites of the bank, when advertising and directly providing services in accordance with the Regulations on Information Support of Banking Clients for Banking and Other Financial Services, approved by the NBU of November 28, 2019 № 141. To this end, the requirements for calculating and bringing to the attention of borrowers data on the cost of loans in accordance with the Rules for calculating by banks of Ukraine the total cost of the loan for the consumer and the real annual interest rate under the consumer loan agreement approved by a decision of the Board of NBU of June 08, 2017 have also been settled. № 49¹³. The right to receive timely (before concluding a loan agreement), complete, necessary, accessible and reliable information is enshrined in the Law "On Lending" (Articles 9 and 11).

3. It is also possible to determine the direction of activity for the exchange of information about borrowers with credit bureaus and third parties. The relevant changes are provided for by the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Laws of Ukraine Concerning Consumer Lending and Formation and Circulation of Credit Histories" of September 15, 2020 891-IX, the entry into force of which will take place on January 1, 2021¹⁴. This Law recognises that the consent of the borrower to access information on his credit history, to certain actions and distribution through credit bureaus (hereinafter referred to as BKI) is included in the Unified Register of BKI of relevant information defined by the Law of Ukraine "On Organization, Formation and Circulation of Credit Histories" as a mandatory condition for concluding a consumer. If such consent is not provided by the consumer, the creditor is obliged to refuse a consumer loan and is not entitled to sign the contract. It should be noted that the scope of exchange of information about consumers and their consumer loans regarding financial intermediaries remains insufficiently regulated, including in the Regulations on Establishing Requirements for Credit intermediaries of Banks and Their Activities in the Field of Consumer Lending, approved by a decision of the Board of NBU of June 8, 2017. No. 50.¹⁵

4. Features in regulation and consolidation have requirements for the content and conditions of consumer loans and, accordingly, information about their fulfilment and circumstances that may change in this case. The basis for regulating such claims is laid down in Article 12 of the Law "On Lending", Article 6 of the Law of Ukraine "On Financial Services and State Regulation of Financial Service Markets"¹⁶ (hereinafter referred to as the Law "On Financial Services"). The specification of claims is discussed in the draft NBU "Regulations on Additional Requirements for Financial Services Contracts"¹⁷.

With regard to non-banking financial institutions, the legislation, the provisions of which provide for consumer lending by such entities, consists of a smaller volume of regulations:

1. The main document in the field of regulating the circulation of information on consumer loans of clients of non-banking financial institutions is the Law "On Financial Services" (Articles 6, 12), the Law "On Lending".

2. The norms in by-laws do not regulate the full scope of necessary legal relations that develop when applying for information necessary for consumer lending by non-banking financial institutions. Also does not meet the requirements of regulations for the protection of personal data rights and the exchange of information in the field of consumer lending, fixing the status of credit intermediaries in the non-bank lending market. Thus, the activities of credit intermediaries are not related to financial services and may include some actions to address information in accordance with the "Requirements for credit intermediaries and their activities in the field of

¹² Положення про порядок подання відомостей про структуру власності банку: затвер. ПП НБУ від 21.05.2015 № 328. Офіційний вісник України від 26.06.2015., № 48, стор. 26, стаття 1548, код акта 77337/2015

¹³ Правила розрахунку банками України загальної вартості кредиту для споживача та реальної річної процентної ставки за договором про споживчий кредит: затв. ПП НБУ від 08.06.2017 року № 49. Офіційний вісник України офіційне видання від 04.07.2017 — 2017 р., № 52, стор. 19, стаття 1595, код акта 86399/2017

¹⁴ Про внесення змін до деяких законів України щодо споживчого кредитування і формування та обігу кредитних історій: Закон України від 15.09.2020 № 891-IX. Офіційний вісник України від 16.10.2020, № 81, стор. 9, стаття 2607, код акта 101203/2020

¹⁵ Про впорядкування діяльності кредитних посередників у сфері споживчого кредитування на ринку банківських послуг: ПП НБУ від 08.06.2017 року № 50. Офіційний вісник України від 04.07.2017 — 2017 р., № 52, стор. 24, стаття 1596, код акта 86400/2017

¹⁶ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 № 2664-III. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 1, ст. 1

¹⁷ Проект Положення про додаткові вимоги до договорів про надання фінансових послуг. URL: https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/proekt_14082020.pdf?v=4

consumer lending in the market of non-banking financial institutions”, approved by the order of the National Committee for Financial Services of June 27, 2017 № 2864. Even such controversial regulations are limited to cases of settlement of the consumer lending market by non-banking financial institutions. Moreover, in the situation with changes in accordance with the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Laws of Ukraine Concerning Consumer Loans and Formation and Circulation of Credit Histories,” financial companies will not be obliged to provide customers with a consumer loan passport before signing the agreement, if it comes to a loan amount not exceeding the minimum wage.

3. It should also be noted that according to Article 3 of the Law of Ukraine “On Consumer Lending” (hereinafter referred to as the Law “On Lending”), the scope of this Law includes relations involving consumers with other parties to consumer lending services. But there is contradiction in its scope, because this Law does not extend to a significant group of legal relations related to lending to the account with the maturity of the loan up to one month, an overdraft not allowed to the contract over the amount of the contractual credit limit without time limits, Pawnshop loans, which are equal to the consumer’s liability to the value of the collateral, and partially apply to loans, for a period of 1 to 3 months of repayment when lending to the account, and to loans whose total amount does not exceed one minimum wage, although these loans are consumer loans.

Thus, it can be argued that despite the positive trend of fixing at the regulatory level the terms of consumer lending, which should be available to the consumer before concluding a loan agreement, there are isolated cases of non-compliance by credit institutions with these requirements of the law. The further protection of consumer rights in the field of lending information should be used as a principle of the existence of uniform requirements for legislative regulation of any consumer rights in both the banking and non-bank markets of consumer lending. This problem should be the subject of further research.

Abstract.

One of the problem in area of consumer lending is the not provision of information to consumers about the terms of consumer credit, as a result of which is most of the receipt of such loans at unreasonably inflated interest rates and the sanctions for violation of the terms of loan agreements by economically ignorance by consumers. The purpose of the study is to determine the adequacy of information security for the rights of recipients of consumer loans, to eliminate contradictions and equalise the rights of borrowers of these loans in both banking and non-banking institutions. The further protection of consumer rights in the field of lending information should be used as a principle of the existence of uniform requirements for legislative regulation of any consumer rights in both the banking and non-bank markets of consumer lending.

References:

1. Положення про інформаційне забезпечення банками клієнтів щодо банківських та інших фінансових послуг: затв. ПП НБУ від 28.11.2019 № 141. Офіційний вісник України від 02.01.2020, № 1, стор. 82, стаття 14, код акта 97310/2019
2. Янишен В. П. Закон України «Про споживче кредитування»: нові стандарти захисту прав позичальників. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 52-62
3. Вітка Ю. В. Правове регулювання споживчого кредиту: стан та перспективи. *Фінанси України*. 2013. № 10. С. 75-86.
4. Погребняк В. Я. Цивільно-правове регулювання відносин споживчого кредитування в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Харків, 2016 20 с.
5. Харабара В. М. Проблеми розвитку споживчого кредитування України. *Інвестиції: практика та досвід*. № 5. 2016. С. 41-45.
6. Про споживче кредитування: Закон України від 15.11.2016 № 1734-VIII. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 1, ст.2
7. Іваненко Л. Правові засади споживчого кредитування. *Вісник КНТЕУ*. 2011. № 1. С. 103-110.
8. Глібко С.В. Деякі питання регламентування надання банками споживчих кредитів. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2008. Вип. 15. С. 78-87.
9. Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31987L0102&qid=1612266468218>
10. Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0048>
11. Радченко Н. Г. Споживче кредитування: сучасний стан та проблеми розвитку. *Збірник наукових праць Таврійського державного агротехнологічного університету (економічні науки)*. 2014. № 2. с 184.
12. Вітка Ю., Грищенко Т., Буряк Т. Споживче кредитування в Україні: правові гарантії та поточна практика. Звіт за результатами дослідження з питань споживчого кредитування: перша хвиля. USAID. 2017. 46 с. Брагин-

ский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. Москва: «Статут», 1999. 848 с. С. 792.

13. Положення про порядок подання відомостей про структуру власності банку: затвер. ПП НБУ від 21.05.2015 № 328. Офіційний вісник України від 26.06.2015., № 48, стор. 26, стаття 1548, код акта 77337/2015.

14. Правила розрахунку банками України загальної вартості кредиту для споживача та реальної річної процентної ставки за договором про споживчий кредит: затв. ПП НБУ від 08.06.2017 року № 49. Офіційний вісник України офіційне видання від 04.07.2017 — 2017 р., № 52, стор. 19, стаття 1595, код акта 86399/2017.

15. Про внесення змін до деяких законів України щодо споживчого кредитування і формування та обігу кредитних історій: Закон України від 15.09.2020 № 891-IX. Офіційний вісник України від 16.10.2020, № 81, стор. 9, стаття 2607, код акта 101203/2020.

16. Про впорядкування діяльності кредитних посередників у сфері споживчого кредитування на ринку банківських послуг: ПП НБУ від 08.06.2017 року № 50. Офіційний вісник України від 04.07.2017 — 2017 р., № 52, стор. 24, стаття 1596, код акта 86400/2017.

17. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 № 2664-III. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 1, ст. 1.

18. Проект Положення про додаткові вимоги до договорів про надання фінансових послуг. URL: https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/proekt_14082020.pdf?v=4.

COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGAL REGULATIONS CRIMINALS FOR THE LOSS OF THE SECURITY IN THE OUTSKIRTS OF FOREIGN COUNTRIES AND UKRAINE

Компаративний аналіз правової регламентації кримінальної відповідальності за порушення вимог пожежної безпеки в окремих зарубіжних країнах і Україні

Sofia Serdyuk

Key words:

fire safety, legal regulation, criminal liability, criminal act, regulatory acts of fire safety.

Ключові слова:

пожежна безпека, правове регулювання, кримінальна відповідальність, злочин, нормативно-правові акти пожежної безпеки.

Питання пожежної безпеки, як елементу громадської безпеки не може не привертати уваги. Останнім часом спостерігається стрімке зростання кількості пожеж в Україні, що супроводжується загибеллю людей і руйнівними наслідками. Так, лише за останній рік відбулося більш 95 тис. пожеж, з яких 13,4% виникало в соціально-побутових та адміністративних громадських будівлях, більш тому, як показує аналіз пожеж у 2019 році зареєстровано збільшення у 5,5 разів кількості загиблих у наслідок пожеж на об'єктах соціально - культурного, громадського та адміністративного призначення.¹

Але при цьому рівень правового дослідження протидії пожежам та негативним явищам не може вважатися достатнім і компетентним в належній мірі.

Тому, **актуальність** пропонованої до уваги статті полягає в необхідності пошуку шляхів удосконалення чинного законодавства щодо встановлення відповідальності за порушення норм пожежної безпеки та запозичення досвіду правотворчості зарубіжних країн з цього питання.

Дослідженню вказаної проблематики у науковому просторі України не було присвячено належної уваги. Єдиним винятком стала колективна монографічна робота таких авторів Андронova В.А., Семківа, О.М., Домбровської, С.М., Назаренко В.Ю.² Окремі питання пов'язані із зазначеної проблематики розглядали М.І.Ануфрієв,³ О.М.Бандурка,⁴ І.Г.Куц⁵, Л.Баличев⁶, А.Седляр⁷, І.Б. Медицький⁸.

Слід констатувати, що на даному етапі українське законодавство про кримінальну відповідальність у сфері пожежної безпеки знаходиться на етапі реформування, а тому запозичення зарубіжного досвіду в цьому плані є актуальним.

Аналіз законодавства зарубіжних країн засвідчив наявність норм порушення правил пожежної безпеки та встановлення кримінальної відповідальності.

¹ Звіт про основні результати діяльності Державної служби України з надзвичайних ситуацій у 2019 році . URL https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/17-civik-2018/zvit_2019/zvit-2019-dsns.pdf с.1-7

² Андронов В.А.,Домбровська С.М., Семків О.М, Назаренко В.Ю. Сучасний стан організаційно-правового забезпечення державного управління пожежною безпекою в Україні : монографія Харків, 2014.279 с.

³ Ануфрієв М.І. Організаційно-правові засади управління безпекою життєдіяльності працівників органів внутрішніх справ України: *Науково-практичний посібник*. Ун-т внутр. справ, Харків, 1998. 24 с;

⁴ Бандурка О.М. Основи діяльності міліції в надзвичайних ситуаціях. Пожежна безпека: *Матеріали Всеукраїнської науково-технічної конференції*. Київ, 1993. 11-13 с.

⁵ Куц І.Г. Боротьба з пожежами в житловому секторі (кримінально-правовий та кримінологічний аспекти): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2003. 209 с

⁶ Баличева Л. Створення, організація та діяльність системи пожежної безпеки в Україні (XIX - початок XX ст.): дис. ...канд. іст. наук: 07.00.01. Харків. 2005. 193 с

⁷ Седляр А. Заходи органів міського громадського управління воліні та поділля у сфері пожежної охорони наприкінці XIX - на початку XXст. Київ, 2007. 44-49 с.

⁸ Медицький І.Б. Запобігання злочинності: Навчальний посібник. – ІваноФранківськ, 2008. – 231 с.

Так, у статті 180 Кримінального Кодексу Данії, передбачається, що будь-яка особа, яка підпалює своє власне майно або майно іншої особи при таких обставинах, коли вона має усвідомлювати, що життя інших осіб піддаються в зв'язку з цим небезпеці, або з метою заподіяння серйозної шкоди майну інших осіб, або з метою підбурювання до повстання, грабежу або будь-якого іншого аналогічного порушення громадського порядку, підлягає тюремному ув'язненню на будь-який термін аж до довічного тюремного ув'язнення.⁹

Як ми бачимо у визначеній статті КК Данії містяться положення про кримінальну відповідальність навіть за знищення свого майна шляхом підпалу, чого в нормах кримінального кодексу України не передбачено.

У статті 240 КК Литовської Республіки, зазначається, що умисне порушення правил протипожежної безпеки, вчинене особою, відповідальною за дотримання даних правил, - карається позбавленням волі на строк до трьох років, арештом, або примусовими роботами, або грошовим штрафом»¹⁰.

Ця стаття передбачає кримінальну відповідальність за умисне порушення правил пожежної безпеки особою, яка є відповідальною за правила пожежної безпеки.

Стаття 322-6 Кримінального кодексу Франції зазначає, що за знищення, пошкодження або псування майна, що належить іншій особі, шляхом застосування вибуху, підпалу або будь-якого іншого засобу, що здатна створити небезпеку для людей, карається десятима роками тюремного ув'язнення і штрафом в розмірі 1 000 000 франків.¹¹

§ 306 КК Федеративної Республіки Германії зазначає, що хто підпалює або шляхом підпалу повністю або частково руйнує чужі будівлі, виробничі площі, транспортні засоби, ліса, поля, сільськогосподарські, харчові продукти карається позбавленням волі на термін від одного до десяти років.¹²

Стаття 1 глави 13 КК Швеції, яка передбачає, що особа, яка розпалює вогонь таким чином, що це становить небезпеку для життя чи здоров'я іншої особи, має бути засуджена за підпал до тюремного ув'язнення на термін не менше двох і не більше восьми років¹³.

Слід підсумувати, що у нормах кримінальних кодексів Франції і Федеративної Республіки Германії, Швеції вбачається кримінальна відповідальність за пошкодження майна іншої особи або транспортного засобу, будівлі вибухом, підпалом чи розпалюванням вогнища чим створюється загроза життю і здоров'ю людей.

Особливу увагу із проаналізованого викликають певні положення.

Так, § 306-е КК Федеративної Республіки Германії, зазначає, що суд у випадках, зазначених в статті 306 (яка вище згадувалась) на свій розсуд може пом'якшити покарання або відмовитися від покарання, якщо особа своїми діями добровільно погасила пожежу перш, ніж було завдано істотної шкоди

Ця стаття регламентує звільнення від покарання особи, яка до настання шкоди вчинила заходи для гасіння пожежі і тут, як за приклад, можна поставити питання впровадження запозичення такого положення до законодавства України.

Тож, проаналізувавши кримінальні кодекси країн Європейського Союзу треба відмітити спільні і відмінні риси між законодавством зарубіжних країн і України.

Спочатку необхідно розглянути склад кримінального правопорушення за порушення норм пожежної безпеки.

Поняття складу кримінального правопорушення передбачає сукупність встановлених законом об'єктивних і суб'єктивних ознак, притаманних конкретному правопорушенню, що визначає діяння як протиправне.

Складу кримінального правопорушення притаманні такі елементи: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона.

Об'єкт у проаналізованих країнах Данії, Швеції, Литовської Республіки, Німеччині і в Україні тотожний. Родовим об'єктом такого кримінального правопорушення є громадська безпека, що характеризується небезпекою для життя і здоров'я людей. Основним безпосереднім об'єктом є пожежна безпека.

Предметом такого кримінального правопорушення, як порушення вимог пожежної безпеки виступає майно, природні ресурси або інші предмети, які здатні спалахувати.

Об'єктивна сторона кримінального правопорушення пов'язаного із порушенням вимог пожежної безпеки виражається:

1) у діяннях, що виражаються у порушеннях встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, а саме у розпалюванні вогню таким чином, що це становить небезпеку для життя чи здоров'я іншої особи (ст. 1 гл. 13 КК Швеції), умисне порушення правил протипожежної безпеки, вчинене особою, відповідаль-

⁹ Ст. 180 Кримінальний Кодекс Данії. URL https://www.studmed.ru/view/ugolovnyy-kodeks-danii_5f17f45608f.html

¹⁰ Ст.240 Кримінальний Кодекс Литовської Республіки. URL <https://mybook.ru/author/neustanovlennyy-avtor-2/ugolovnyj-kodeks-litovskoj-respubliki/>

¹¹ Ст.322-6 Кримінальний Кодекс Франції. URL <https://constitutions.ru/?p=25017>

¹² § 306-е Кримінальний Кодекс Федеративної Республіки Германії. URL <https://constitutions.ru/?p=24969>

¹³ Стаття 1 глави 13 Кримінальний Кодекс Швеції. URL <https://constitutions.ru/?p=25020>

ною за дотримання протипожежних правил (ст. 240 КК Литовської Республіки), знищення або пошкодження майна, що належить іншій особі, шляхом підпалу, вибуху (ст. 322-6 КК Франції).

2) у наслідках, які призвели до виникнення пожежі, що заподіяло шкоду життю і здоров'ю людей, майну, довкіллю.

3) причинному зв'язку між вказаними діями і настанням наслідків.

Суб'єктивна сторона, як правило, характеризується виною у формі умислу прямого і не прямого, іноді спостерігається необережна форма вини. У всіх положеннях наведених вище країн особа повинна усвідомлювати суспільну небезпеку свого діяння і при цьому передбачати суспільно-небезпечні наслідки у вигляді загибелі людей, порушення громадського порядку, знищення майна.

Суб'єкт кримінального правопорушення у всіх проаналізованих країнах є тотожним, але відрізняється за віком з якого особа буде нести кримінальну відповідальність. Наприклад, у Швеції та Данії особа буде нести кримінальну відповідальність за підпал, який становив небезпеку для життя і здоров'я людей починаючи з 15 років, а в Німеччині за підпал особа буде нести кримінальну відповідальність з 14 років. В Україні особа за подібне діяння може зазнавати кримінальної відповідальності з досягненням 16 років, а у випадку вчинення злочину умисного підпалу (ст.194 КК України) з 14 років.

У всіх проаналізованих країнах і Україні кримінальне правопорушення буде вважатися закінченим з моменту настання суспільно небезпечних наслідків, тобто склад правопорушення є формальним.

Однак є деякі відмінності. Наприклад, в зарубіжному законодавстві є цікавий досвід, щодо встановлення кримінальної відповідальності за знищення свого майна (Данія) і звільнення від покарання особи, яка до настання шкоди вчинила заходи для гасіння пожежі (Німеччина).

Отже, проаналізувавши норми кримінального законодавства щодо встановлення кримінальної відповідальності за порушення вимог пожежної безпеки у країнах Європейського Союзу та України можна відмітити багато спільних та деяких відмінних рис. Наявність спільних рис виражається у складі кримінального правопорушення та встановлення кримінальної відповідальності за підпал, незаконного розведення вогню і порушень правил пожежної безпеки. Відмінності виражаються у віці з якого особа буде нести кримінальну відповідальність (у Данії, Швеції з 15 років, у Німеччині з 14 років, в Україні з 16 років) та у встановленні кримінальної відповідальності за знищення свого майна і звільнення від покарання особи, яка до настання шкоди вчинила заходи для гасіння пожежі (Німеччина). Можливо б було доцільно такі норми закону запровадити до законодавства України.

Annotation.

The article provides a comparative Legal analysis of the Legislation on the establishment of criminal Liability for violation of the fire safety requirements in the European Union and Ukraine. Ways of possible improvement of criminal Legal bases responsibility for violation of fire safety with borrowing of normative experience of foreign countries are revealed.

Анотація.

У статті проведений порівняльно-правовий аналіз норм кримінального законодавства щодо встановлення кримінальної відповідальності за порушення вимог пожежної безпеки у країнах Європейського Союзу та України. Виявляються шляхи можливого вдосконалення кримінально-правових засад відповідальності за порушення пожежної безпеки із запозиченням нормотворчого досвіду зарубіжних країн.

References:

1. Звіт про основні результати діяльності Державної служби України з надзвичайних ситуацій у 2019 році. URL https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/17-civik-2018/zvit_2019/zvit-2019-dsns.pdf
2. Андронов В.А., Домбровська С.М., Семків О.М., Назаренко В.Ю. Сучасний стан організаційно-правового забезпечення державного управління пожежною безпекою в Україні : монографія Харків, 2014. 279 с.
3. Ануфрієв М.І. Організаційно-правові засади управління безпекою життєдіяльності працівників органів внутрішніх справ України: *Науково-практичний посібник*. Ун-т внутр. справ, Харків, 1998. 24 с;
4. Бандурка О.М. Основи діяльності міліції в надзвичайних ситуаціях. Пожежна безпека: *Матеріали Всеукраїнської науково-технічної конференції*. Київ, 1993. 11-13 с.
5. Куц І.Г. Боротьба з пожежами в житловому секторі (кримінально-правовий та кримінологічний аспекти): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2003. 209 с
6. Баличева Л. Створення, організація та діяльність системи пожежної безпеки в Україні (XIX - початок XX ст.): дис. ... канд. іст. наук: 07.00.01. Харків. 2005. 193 с
7. Седляр А. Заходи органів міського громадського управління волині та поділля у сфері пожежної охорони наприкінці XIX - на початку XXст. Київ, 2007. 44-49 с.
8. Медицький І.Б. Запобігання злочинності: Навчальний посібник. – Івано Франківськ, 2008. – 231 с.
9. Кримінальний Кодекс Данії. URL https://www.studmed.ru/view/ugolovnyy-kodeks-danii_5f17f45608f.html

10. Кримінальний Кодекс Литовської Республіки. URL <https://mybook.ru/author/neustanovlennyj-avtor-2/ugolovnyj-kodeks-litovskoj-respubliki/>
11. Кримінальний Кодекс Франції. URL <https://constitutions.ru/?p=25017>
12. Кримінальний Кодекс Федеративної Республіки Германії. URL <https://constitutions.ru/?p=24969>
13. Кримінальний Кодекс Швеції . URL <https://constitutions.ru/?p=25020>

Sofia Serdyuk,

The 3rd year postgraduate

student of H.S.Skovoroda

Kharkiv National Pedagogical University

ORIGIN AND DEVELOPMENT OF SCIENTIFIC CONCEPTS ABOUT LEGISLATION AND POLITICAL PLURALISM AS INTERACTIONS

Зародження та розвиток наукових уявлень про законотворчість та політичний плюралізм як взаємодіючі явища

Julia Shapran

Keywords:

law-formation, law-making, law-making policy, political pluralism, guarantees of interaction of legislation and political pluralism.

Ключові слова:

правотворчість, законотворчість, правотворча політика, політичний плюралізм, гарантії взаємодії законотворчості та політичного плюралізму.

Вступ. Уявлення про законотворчість та політичний плюралізм мають історично зумовлений характер, оскільки виникають з появою перших поглядів мислителів про політику, закони, діяльність держави, її роль у життєдіяльності суспільства. Фактично мова йде про те, що починаючи з періоду Античності, коли були сформовані мислителями Стародавньої Греції та Риму перші уявлення про право, закони, співвідношення природного і позитивного права, а також політику, зароджуються і уявлення про законотворчість і політичний плюралізм, в тому числі і як про взаємодіючі явища політико-правової реальності. Наукові уявлення про законотворчість та політичний плюралізм засновані і походять від попередньо сформованого світоглядного сприйняття законів та законотворчості, феномену політичного плюралізму. Аналіз світоглядної та наукової основи сприйняття державно-правових явищ є цілком виправданим, що підтверджується поглядами вчених про те, що основу будь-яких наукових досліджень має становити попереднє вивчення історіографічних засад розвитку уявлень про явища або процеси, які досліджуються; недопустимо уникати аналізу передумов виникнення та історії розвитку наукових поглядів на науково дослідну проблематику¹, необхідно встановлювати об'єктивні фактори зародження наукових досліджень, а також існуючі їх переваги і прогалини, що в подальшому визначатиме перспективи наукової розробки предмету наукового пізнання².

Враховуючи високий рівень актуальності наукового дослідження історії зародження та розвитку наукового пізнання законотворчості та політичного плюралізму, **метою** цієї статті є: здійснити ретроспективний аналіз зародження та розвитку наукових уявлень про законотворчість та політичний плюралізм; періодизувати та охарактеризувати зародження і розвиток наукових уявлень про законотворчість та політичний плюралізм.

Виклад основного матеріалу. Зародження уявлень про політичний плюралізм і законотворчість як про явища, що мають наукознавчий характер, пов'язується з періодом Нового часу, який приблизно охоплює XIV – XIX століття. Серед плеяди найяскравіших ідеологів політико-правового вчення про державу і право Нового часу важливе місце посідає Н. Макіавеллі, просвітницька діяльність якого припадає на кін. XV – поч. XVI століття. Заклавши кардинальні зміни у принципах юриспруденції буржуазного світу, Н. Макіавеллі сформулював і розвинув одну із ключових галузей права – державне право як інструмент здійснення політичного тиску в суспільстві і засіб захисту політичних інтересів різних соціальних груп. Таким чином у державницько-правовій думці мислителя процес законотворчості представлений як спосіб реалізації політичних інтересів різних верств населення, а право визначається як феномен, що є не тільки засобом регулювання відносин у різноманітних сферах державно-суспільного життя, але й можливим способом відобразити явище політичного плюралізму у правовому вимірі суспільно-державного життя³. Протягом другої половини XVII ст. проблему політичної свободи і державного правління в цілому

¹ Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М.: Издательская группа НОРМА - ИНФРА * М. 1998. С. 334-336.

² Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философско-правового исследования: Монография. Х.: Право, 2002. С. 118.

³ Государь: Трактаты: Пер. с итал. / Н. Макиавелли. - М.: ООО «Издательство АСТ», 2004. С. 210.

розглядали Т. Гоббс, що розкривав її з консервативної точки зору, водночас, Дж. Локк характеризував її з ліберальної точки зору, а Ж.-Ж. Руссо – у демократичному руслі. Будучи переконаним у тому, що в природному стані – до того як люди об'єдналися в суспільство, була війна – війна всіх проти всіх, Т. Гоббс вбачав порятунок усього суспільства у створенні моноцентричної монархії на чолі з єдиним сильним володарем⁴. З огляду на те, що державницько-правовим ідеалом Ж.-Ж.Руссо є пряме народоправ'я (народовладдя), при якому обраний народом-сувереном і уповноважений ним уряд має захищати інтереси виключної більшості населення держави та діяти лише в рамках повноважень, чітко визначених народом, вказані ідеї також мають важливе значення для подальшого розвитку передумов світоглядного розуміння законотворчості та політичного плюралізму. Саме Ж.-Ж. Руссо зробив важливий внесок у формування концепції демократичного поліархічного суспільства, де усіма сферам суспільно-державного життя керує однопалатний парламент, що формується із представників різних верств населення. На думку філософа, для того, щоб об'єктивно сформулювати волю народу у тексті законів і таким шляхом захистити інтереси усіх членів громадянського суспільства, і повинен існувати парламент⁵. Вказані положення фактично доводять взаємодію законотворчості та політичного плюралізму, що виявляється в процесі функціонування однопалатного парламенту як суб'єкта законодавчої влади, який функціонує в умовах політичного плюралізму.

Цікавими та актуальними з точки зору наукового пізнання законотворчості та політичного плюралізму в цілому, в тому числі і в аспекті їх взаємодії залишаються політико-правові вчення Ш.-Л. Монтеск'є, який хоча і був прибічником природно-правової доктрини, все ж таки вважав, що сформулювати ідеальну формулу законодавства для усіх людей неможливо через наявність різних соціальних, культурних відмінностей та різноманітність політико-правових поглядів індивідів⁶. Філософ був прихильником точних і чітко сформульованих законів, які мали б забезпечувати захист прав і законних інтересів усіх громадян та одночасно бути перешкодою до узурпації влади в одних руках деспота. Ш.-Л. Монтеск'є наголошував, що у природному стані люди народжуються рівними, але вони не можуть зберегти цієї рівності, оскільки суспільство забирає цю рівність у них, – і вони знову стають рівними тільки завдяки законам⁷. Саме рівність всіх індивідів і буде основою політичного плюралізму як рівної можливості реалізації ними своїх ідей, потреб, інтересів, висловлення своїх думок, в тому числі і щодо ухвалення, зміни або скасування законодавчих положень. Окрім того ідея парламентаризму посідає центральне місце у концепції Ш.-Л. Монтеск'є. Оскільки закон має найвищу юридичну силу по відношенню до абсолютно всього суспільства, саме народ має стати сувереном законодавчої влади, шляхом формування відповідного представницького органу.

Важливе місце в новочасному науковому пізнанні феноменів закону (як формалізованого результату законотворчості. – *Прим. авт.*) і політичного плюралізму посідають погляди І. Канта. У концепції ідеального соціально-державного устрою, змодельованої в поглядах І. Канта, чітко простежується тісний зв'язок із державницько-правовою думкою раннього Християнства. Зокрема, відомий християнський канон «вчиняй так, як хочеш, щоб вчиняли з тобою» І. Кант привів у відповідність до тогочасної актуальної проблеми розбудови соціальних інститутів і законодавства. В результаті проголосив «золоту формулу» існування громадянського суспільства і правової держави про те, що потрібно вчиняти зовнішньо так, щоб вільний прояв твого свавілля був сумісний із свободою кожного відповідно до всезагального закону⁸. Головним пріоритетом держави в цілому і законодавця зокрема повинні стати свобода, громадянська рівність й торжество ідеї права. У наукових уявленнях І. Канта право на свободу полягає в тому, що держава за допомогою прийняття законів надає кожному індивіду право вибору тієї поведінки, яка впливає із особистих (в тому числі і політичних) переконань самої людини, проте своїми діями індивід не повинен ніяким чином посягати на свободу іншого громадянина. Ф. В. Г. Гегель продовжив у своїх поглядах ідеї І. Канта та посилив дослідження плюралістичного характеру громадянського суспільства як елемента політичної системи держави. Але відразу слід зазначити, що критичне ставлення Ф. В. Г. Гегеля до політичного плюралізму і автономії індивідів безпосередньо пов'язано із тим, що філософ був свідком державної кризи Німеччини поч. XIX ст., фактичного розпаду Німецької держави на окремі територіальні одиниці з власною політичною і правовою системами. Поняття «політичний плюралізм» вперше було введено в науковий обіг на поч. XVIII ст., що приписується німецькому філософу Х. Вольфу, який визначав його як «принцип побудови правового суспільства, який стверджує необхідність різноманіття суб'єктів економічного, полі-

⁴ Гоббс Т. Левиафан или материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М. : Мысль, 2001. 342 с. URL : <http://tululu.org/read53757/>. (дата звернення: 13.02.2020 р.).

⁵ Руссо Ж.-Ж. Трактаты. [Переводы] / Подготовили В. С. Алексеев-Попов, Ю. М. Лотман, Н. А. Полторацкий, А. Д. Хаютин. М. : Наука, 1969. С. 421.

⁶ Монтескье Ш.-Л. О духе законом / Пер. А. Г. Готтфельд. М. : Гослитиздат, 1955. 543 с. URL : https://ru.m.wikisource.org/wiki/O_DO%9E_B04 (дата звернення: 02.04.2020 р.).

⁷ История политических и правовых учений / под ред. В.С. Нерсисянца. – М. : НОРМА-Инфра.М, 2000. С. 196.

⁸ Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Соч.: В 6 т. – М.: «Мысль», 1965. – Т 4. – Ч.1. С. 139-140.

тичного і культурного життя суспільства»¹ та використовував для позначення множинності поглядів, позицій, концепцій, незалежних і несвідомих один до одного, а також в значенні протилежному монізму, як єдиного способу розгляду різноманіття явищ світу, що виходить з одного початку, та дуалізму, що визнає два незалежних початки для пояснення явищ світу².

У другій пол. XVIII ст. європейські ідеї Просвітництва поширюються на американському континенті у поглядах американських просвітників. Під впливом фундаментальних праць мислителів Нового часу утворюється новий ідейний державницько-правовий напрям – конституціоналізм, ключовими ідеями якого стали парламентаризм, незалежність судової влади, народний суверенітет і доктрина загальних і основоположних прав людини. Заслужують уваги в аспекті предмету цієї статті політико-правові вчення Т. Пейна, який відстоював ідею рівності всіх людей, перш за все, у значенні громадської і політичної рівності. Політична свобода громадянина в державі, на думку Т. Пейна, має бути гарантована наданням кожному індивіду права бути політичним суб'єктом, при чому таким, що може або безпосередньо брати участь у політико-правовому житті держави (виступати з пропозиціями або критикою стосовно рішень уряду, прийнятих законів, висувати свою кандидатуру на виборах тощо) або через представницький виборний орган, який за своїм призначенням повинен віддзеркалювати, захищати інтереси своїх виборців при прийнятті загальнодержавних рішень – законів³. Важливим і актуальним є розв'язання проблеми співвідношення різних сфер публічної влади, запропоноване Дж. Медісоном. Філософ запропонував розподілити державну владу між двома автономними елементами – федераціями і штатами, а також визначити і відокремити між собою чіткі галузі загальної маси влади. проте основним науковим доробком Дж. Медісона слід вважати його концепцію поділу всієї повноти влади між утворюючими її політичними елементами⁴. Таким чином, окрім контролю діяльності посадовців Основним законом, відбувається взаємний контроль державно-правових інституцій одна за одною. Важливою особливістю наукових досліджень політичного плюралізму та законотворчості періоду XX-XXI століть є здійснення наукового пізнання цих двох феноменів як взаємодіючих, взаємодоповнюючих і навіть невід'ємних одне від одного явищ. Наукові дослідження феномену політичного плюралізму як характерної особливості ефективного здійснення законотворчості в державі відбуваються в працях науковців різних сфер наукової діяльності, а саме: представниками юридичних наук (теорії права і держави, конституційного права, аксіології права, філософії права, референтного права тощо), політології, філософії, історії тощо. Слід відзначити, що остаточне концептуальне оформлення ідеї політичного плюралізму та початок активного наукового дослідження феномену законотворчості як засади функціонування сучасної правової держави, в тому числі окремі наукові дослідження деяких аспектів взаємодії законотворчості та політичного плюралізму припадають на другу половину XX ст. та представлені в працях Р. Даля, Д. Рісмана, К. Джанди, Р. Бержерона. Зазначені вище питання також стали предметом наукових досліджень таких вітчизняних правознавців, як С. В. Бобровник, О. В. Богачева, Ж. О. Дзейко, Т. О. Дідич, О. В. Зайчук, О. М. Ковальчук, Ю. А. Красіна, Б. В. Малишев, С. Г. Рябова, О. Ф. Скакун та інших.

Перш за все, слід підкреслити, що особливістю сучасних наукових поглядів на питання політичного плюралізму і законотворчості є відсутність чітко сформульованого, єдиного запропонованого наукового підходу до їх пізнання та характеристики. У вітчизняній юридичній науці не існує одностайності стосовно доктринального визначення поняття «законотворчість». Традиційно в юридичній науці виокремлюють два основні підходи до його розуміння. Більшість вчених так званої «пострадянської доби» визначають законотворчість у вузькому, занадто обмеженому значенні, ототожнюючи законотворчість із діяльністю виключно законодавчого органу. Такий підхід, на нашу думку, є досить обмеженим в методологічному плані, оскільки він фактично ототожнює поняття «законотворчість» та «законодавчий процес». Виходячи з вузького розуміння поняття «законотворчість», З. О. Погорєлова характеризує процес законотворчості як «процес прийняття законів, який розпочинається із ініційованої парламентом законодавчої ініціативи або внесення законопроекту до парламенту, охоплює реалізацію законодавчої ініціативи у парламенті і завершується введенням в дію законів»⁵. Ґрунтуючись на іншому – широкому підході до визначення законотворчості, Т. Л. Гладкова слушно підкреслює, що «законотворчість» слід розглядати як «стрижневу складову законотворчого процесу», водночас законотворчість – це поняття значно ширше законотворчого процесу⁶. Не можна не погодитись із ще одним прихильником широкого доктринального розуміння «законотворчості» О. Г. Мурашиним, який вважає, що не всі дії щодо створення закону, в широкому сенсі,

¹ Хоруженко К.М. Культурология. Энциклопедический словарь. Ростов-на-Дону «Феникс», 1997. С. 383.

² Философский энциклопедический словарь / редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Иличев. 2-изд. М.: Сов. энциклопедия, 1989. С. 377.

³ Пейн Т. Избр. соч. / Йод ред. М. П. Баскина. М. : Изд-во АН СРСР, 1959. С. 115.

⁴ Исаев С. А. Джеймс Мэдисон : Политическая биография. С-Пб. : Наука, 2006. С. 251.

⁵ Погорєлова З. О. Законодавчий процес в Україні: проблеми теорії і практики: автореф. дис. на здобуття н.з. канд. юрид. наук: 12.00.01. Х., с. 13-14.

⁶ Гладкова Т. Л. Законотворчий процес в Європейському Союзі: монографія. Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України. 2012. С. 14.

охоплюються поняттям законодавчої діяльності, відтак процес створення закону у широкому його розумінні пропонується називати законотворчою діяльністю або законотворчістю⁷. На нашу думку, достатньо комплексним та всебічним є визначення поняття «законотворчості», запропоноване О. Л. Копиленком та О. В. Богачовою, що являє собою цілеспрямовану поступову діяльність, яка складається із взаємообумовлених і взаємопов'язаних етапів і стадій, спрямована на врегулювання суспільних відносин шляхом пізнання та оцінки правових проблем суспільства і держави, на створення законів та системи законодавства⁸. Підсумовуючи аналіз наукових уявлень та доктринальних підходів сучасних вчених до визначення поняття «законотворчості» можна зробити висновок, що вони характеризуються різновекторністю і певною неузгодженістю, подекуди заперечуючи одна одну.

Так само, як і явище законотворчості, політичний плюралізм є складним та багатовимірним поняттям, яким може позначатись: одна із засад демократії у державі⁹; політичний інститут¹⁰; ознака сучасних політичних систем¹¹; умова функціонування сучасних виборчих систем¹²; характеристика стану громадянського суспільства¹³; принцип організації суспільного життя, реалізація та гарантування якого має здійснювати держава в особі уповноважених нею суб'єктів, забезпечуючи реалізацію її політики¹⁴ тощо. Враховуючи складний та багатовимірний характер поняття політичного плюралізму, слід підкреслити, що його вплив на життєдіяльність держави має неоднозначний характер та охоплює різноманітні сфери суспільно-державних відносин, серед яких центральне місце посідає правова сфера. На жаль, у вітчизняній юридичній науці питанням політичного плюралізму, особливо крізь призму його взаємодії із законотворчістю приділяється недостатньо уваги. Це насамперед пояснюється тим, що за радянських часів стверджувалося, що теорії політичного плюралізму в цілому являють собою реакційний ідеологічний міф, за допомогою якого ідеологи, адепти капіталістичного світу намагаються довести перевагу буржуазної демократії і завуальовати її класову сутність¹⁵.

Висновки. Вважаємо, що зародження та розвиток наукових досліджень питань взаємодії законотворчості та політичного плюралізму можливо періодизувати в межах:

1) *Нового часу* (поч. XVI ст. – сер. XIX ст.), що відзначається зародженням перших наукових уявлень про законотворчість та політичний плюралізм як політико-правові явища, які мають соціально корисний характер, оскільки забезпечують здійснення політичного тиску в суспільстві, захист політичних інтересів різних соціальних груп тощо;

2) *Новітнього часу* (кін. XIX ст. і триває донині), який характеризується посиленням багатоаспектності розуміння законотворчості та політичного плюралізму, в тому числі і як взаємодіючих явищ, що забезпечують політичну індивідуалізацію людини та рівність всіх індивідів в частині впливу на функціонування суб'єктів законодавчої влади тощо.

Summary.

The author reveals the relevance of scientific research into the history of the origin and development of scientific ideas about lawmaking and political pluralism as interacting phenomena. Scientific ideas about

⁷ Мурашин О.Г. До проблеми сутності та природи правових (нормативно-правових) актів. Інформація і право. 2014. No 2 (11). С. 12-13.

⁸ Копиленко О. Л., Богачова О. В. Законотворчий процес: стан і шляхи вдосконалення: кол. моногр. у 2-х ч. Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ: Реферат, 2010. С. 10.

⁹ Гонюкова Л. Політичний плюралізм як умова розвитку демократичної держави: європейський досвід. Вісник Національної академії державного управління при Президентові України: науковий журнал. Київ, 2009. № 3. С.196; Семенченко Ф. Г. Політичний плюралізм і політичний ідеал: проблеми втілення політичного ідеалу в політичній діяльності. Політологічний вісник: збірник наукових праць. Київ, 2011. Вип. 52. С. 165.

¹⁰ Цесар І.А. Правові гарантії політичного плюралізму в процесі розвитку демократичної держави. Бюлетень Міністерства юстиції України. Київ, 2010. № 2 (100). С. 137.

¹¹ Остапенко М. А. Чинники становлення політичного плюралізму в Україні. Політологічний вісник: збірник наукових праць. Київ, 2009. Вип. 43. С. 193.

¹² Путкарадзє Н. Р. Избирательная система в условиях развития политического плюрализма: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Москва, 1993. С. 35; Минеев Е. М. Законотворчество как форма выражения государственной политики в Российской Федерации: дис. ... канд. полит. наук: 23.00.02. Уфа, 2011. С. 47.

¹³ Михалюк С. Правотворчість як складова державного управління. Вісник Національної академії державного управління при Президентові України: науковий журнал. Київ, 2009. № 1. С. 195; Ященко Р. Правотворчість в умовах перехідних суспільств як предмет теоретико-правового дослідження. Юридична Україна: правовий часопис. Київ, 2009. № 6 (78). С. 26; Машанов М. С. Политический плюрализм в переходном обществе (на примере Республики Казахстан): дис. ... канд. полит. наук: 23.00.02. Алматы, 1996. С. 77.

¹⁴ Шапран Ю.В. Співвідношення законотворчості та політичного плюралізму: категоріальний вимір. – Прикарпатський юридичний вісник. – 2019. – С. 30.

¹⁵ Кузьмин Э.Л. Демократия: некоторые вопросы теории, методологии и практики. М., 1986. С. 50-53.

lawmaking and political pluralism are based on and originate from the previously formed worldview of laws and lawmaking, the phenomenon of political pluralism. The author made a retrospective analysis of the origin and development of scientific ideas about lawmaking and political pluralism. The expediency of periodization of the history of origin and development of scientific ideas about lawmaking and political pluralism is substantiated, the own approach to periodization is offered and characterized: 1) New period (early XVI cen. – mid XIX cen.); 2) Modern period (late XIX cen. and continues to this day).

Анотація.

Автор розкриває актуальність наукових досліджень історії виникнення та розвитку наукових ідей про законотворчість та політичний плюралізм як взаємодіючі явища. Встановлено, що наукові уявлення про законотворчість та політичний плюралізм ґрунтуються і походять із раніше сформованих світоглядних поглядів про закони і законотворчість, політичний плюралізм. В роботі проведено ретроспективний аналіз походження та розвитку наукових ідей про законотворчість та політичний плюралізм. Обґрунтовано доцільність періодизації історії зародження та розвитку наукових уявлень про законотворчість та політичний плюралізм, запропоновано та охарактеризовано власний підхід до періодизації: 1) Новий період (початок XVI ст. - середина XIX ст.); 2) Сучасний період (кінець XIX ст. і триває донині).

References:

1. Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М. : НОРМА - ИНФРА * М. 1998. 810 с.
2. Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философско-правового исследования : Монография. Х. : Право, 2002. 328 с.
3. Государь: Трактаты: Пер. с итал. / Н. Макьявелли. - М.: ООО «Издательство АСТ», 2004. 433 с.
4. Гоббс Т. Левиафан или материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М. : Мысль, 2001. 342 с.
5. Руссо Ж.-Ж. Трактаты. [Переводы] / Подготовили В. С. Алексеев-Попов, Ю. М. Лотман и др. М. : Наука, 1969. 876 с.
6. Монтескье Ш.-Л. О духе законом / Пер. А. Г. Готтфельд. М. : Гослитиздат, 1955. 543 с.
7. История политических и правовых учений / под ред. В.С. Нерсисянца. М. : НОРМА-Инфра.М, 2000. 704 с.
8. Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Соч.: В 6 т. М.: Мысль, 1965. Т 4. Ч.1. 542 с.
9. Хоруженко К.М. Культурология. Энциклопедический словарь. Ростов-на-Дону «Феникс», 1997. 640 с.
10. Философский энциклопедический словарь / редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Иличев. 2-изд. М. : Сов. энциклопедия, 1989. 815 с.
11. Пейн Т. Избр. соч. / Йод ред. М. П. Баскина. М. : Изд-во АН СРСР, 1959. 467 с.
12. Исаев С. А. Джеймс Мэдисон : Политическая биография. С-Пб. : Наука, 2006. 551 с.
13. Погорелова З. О. Законодавчий процес в Україні: проблеми теорії і практики: автореф. дис. на здобуття н.з. канд. юрид. наук: 12.00.01. Х., 18 с.
14. Гладкова Т. Л. Законотворчий процес в Європейському Союзі: монографія. Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України. 2012. 287 с.
15. Мурашин О.Г. До проблеми сутності та природи правових (нормативно-правових) актів. *Інформація і право*. 2014. № 2 (11). С. 12-13.
16. Копиленко О. Л., Богачова О. В. Законотворчий процес: стан і шляхи вдосконалення: кол. моногр. у 2-х ч. Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ: Реферат, 2010 Ч. 1. 458 с.
17. Гонюкова Л. Політичний плюралізм як умова розвитку демократичної держави : європейський досвід. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України : науковий журнал*. Київ, 2009. № 3. С.194-198.
18. Семенченко Ф. Г. Політичний плюралізм і політичний ідеал: проблеми втілення політичного ідеалу в політичній діяльності. *Політологічний вісник : збірник наукових праць*. Київ, 2011. Вип. 52. С. 164-167.
19. Цесар І.А. Правові гарантії політичного плюралізму в процесі розвитку демократичної держави. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. Київ, 2010. № 2 (100). С. 137-140.
20. Остапенко М. А. Чинники становлення політичного плюралізму в Україні. *Політологічний вісник : збірник наукових праць*. Київ, 2009. Вип. 43. С. 192-196.
21. Путкарадзе Н. Р. Избирательная система в условиях развития политического плюрализма : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. М., 1993. 188 с.
22. Минеев Е. М. Законотворчество как форма выражения государственной политики в Российской Федерации : дис. ... канд. полит. наук : 23.00.02. Уфа, 2011. 178 с.
23. Михалюк С. Правотворчість як складова державного управління. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України : науковий журнал*. Київ, 2009. № 1. С. 195-197.

24. Яценко Р. Правотворчість в умовах перехідних суспільств як предмет теоретико-правового дослідження. *Юридична Україна : правовий часопис*. Київ, 2009. № 6 (78). С. 24-27.
25. Машанов М. С. Политический плюрализм в переходном обществе (на примере Республики Казахстан) : дис. ... канд. полит. наук : 23.00.02. Алматы, 1996. 169 с.
26. Шапран Ю.В. Співвідношення законотворчості та політичного плюралізму: категоріальний вимір. *Прикарпатський юридичний вісник*. Вип. 1 (26). С. 28–32.
27. Кузьмин Э.Л. Демократия: некоторые вопросы теории, методологии и практики. М. Юрид. лит., 1986. 240 с.

PHILOSOPHICAL AND LEGAL ANTHROPOLOGY OF MAN

Філософсько-правова антропологія людини

Ivanna Shcherbai

Key words:

humanity, human dignity, philosophy, metaanthropology.

Ключові слова:

людяність, гідність людини, філософія, метаантропологія.

Постановка проблеми. Роль гідності в наш час є дуже великою цінністю серед людей, яку потрібно оберігати та нести у світ. На власному прикладі показуючи її місце в житті кожного з нас.

Аналіз дослідження проблеми. Дане питання досліджували немало науковців та відомих людей серед них: С. Сливка, А. Гелен, М. Фюрст, Ю. Тринкс, А. Романова, Б. Мондін, Е. Штайн.

Мета – полягає в тому, щоб донести до людей цінність таких понять, як людська гідність, права, свободи, воля людини, правильне значення, яких необхідне для розвитку вірної моделі суспільства.

Виклад основного матеріалу. Хоча кожна філософія висловлювалась про людину, а поняття антропології (від гр. – вчення про людину) було використано як назву книги ще 1596 року, але як програмний напрям філософського мислення філософська антропологія починається лише у 20-х роках XX ст. Її засновником вважають Макса Шелера. Він на перше місце по відношенню метафізики і науки поставив релігію, ідею Бога, як вищу цінність. На відміну від біологічної та психологічної антропології, філософська антропологія воліє зрозуміти в цілому людину як таку. Для цього недостатньо зібрати й пов'язати між собою здобуті науками окремі знання. У філософській антропології людина запитує про саму себе не тільки як про об'єкт, але й як про суб'єкт¹. Такий філософський самоаналіз завжди актуальний, оскільки людина дає собі відповідь на запитання, для чого вона існує на світі і що тут робить.

Використовуючи думку А. Гелен, М. Фюрст і Ю. Тринкс пишуть, що «потреба в тлумаченні власного існування, яку відчуває людина, що мислить, не є суто теоретичною потребою. Залежно від способу рішення здійснити таке тлумачення його завдання стають видимими або приховуються. Розуміє себе людина як створіння Бога чи як розвинену мавпу? Від відповіді на це запитання залежить ставлення до реальних фактів. У кожному із цих випадків людина чутиме в собі доволі різні накази». Ми є прихильниками першого запитання і згідно зі посталим на цій основі філософським вченням провадимо своє дослідження.

Метаантропологія (від грец. – наднаука про людину) починається з антропології, зокрема філософської. Якщо антропологія – це комплекс наук, які вивчають людину, а також різновиди культур і форми суспільного життя, які створює людина², то «філософська антропологія – це (синонім філософії людини) розділ філософії, в якому розглядається буття людини, її місце у світі, колізії сутності та існування людини»³ «це наука про сутність і сутнісну структуру людини, про її основні відносини: до природи, суспільства, інших людей, самої себе, про її походження, про соціальні і метафізичні основи її існування, про основні категорії та закони її буття»⁴.

На нашу думку, сутнісною структурою людини є тіло, душа і дух. Така триєдина антропологічна будова людини є основою метаантропології та філософії права.

Під тілом (тілесністю) філософи розуміють філософський концепт, що визначає чуттєвий характер людського буття, як його невід'ємну онтологічну ознаку; душею – поняття, що виражає індивідуальну своєрідність внутрішнього світу людини, здатність до переживання, співпереживання або відчуження. У більшості філософських та релігійних систем душа протиставляється і тілу, і духу. Дух – це джерело морально-комунікативних можливостей, спрямованість до іманентного, ближнього⁴.

Відповідно до антропології людини, метаантропологію досліджують ортологія, екзистенціологія, трансцендентологія. Ортологія (від лат. ordo – порядок) – це вчення про буденне буття людини, екзистенціологія (від лат. existo – існую) – вчення про межове буття людини, трансцендентологія (від лат. transcendere

¹ Фюрст М., Тринкс Ю. Філософія / пер. з нім. В. Кебуладзе. Київ: ДУХ І ЛІТЕРА, 2018. 544 с.

² Философская антропология: словарь / под ред. Н. Хомитова. Киев: КНТ, 2011. 472 с.

³ Философия: Энциклопедический словарь / под ред. А. А. Ивина. Москва: Гардарики, 2004. 1072 с.

⁴ Філософський енциклопедичний словник / за ред. В. І. Шинкарука. Київ: Абрис, 2002. 744 с.

– переступати) – вчення про позамежове буття людини. Для набуття смислу людини філософія повинна звернутися до її фундаментальних тенденцій і стати метаантропологією. Зокрема, людина є істотою, яка визначається через вихід за свої межі – це підсумок всієї історії філософії людини і передусім філософії людини у XX ст. За своїм змістом метаантропологія – це онтологія людини та її меж⁵ [5, с. 113].

Якщо порівняти ордологію, екзистенціологію та трансцендентологію з тілом, душею та духом, то можна зробити висновок, що ордологія досліджує в основному тілесні властивості, потреби людини, її дії, мораль у повсякденному житті. Екзистенціологія досліджує душевні якості людини, почуття. Основними показниками в екзистенціології є екзистенціали, які утворені з вищої моралі (почуття, думки), чесноти. Предметом дослідження трансцендентології є трансценденталії дух, думки, а також чесноти і значна частина вищої моралі. Тоді дія впливає на душу, а душа на дух (і навпаки). Наприклад, екзистенціали можуть переміститися з екзистенціального стану у трансцендентний і набути властивостей трансценденталій.

Філософську антропологію у праві визначають також інтелігібельність і сенсибельність, їхні закони. А. Романова зазначає, що, ґрунтуючись на інтелігібельному (умосяжне пізнання) і сенсибельному (чуттєве пізнання) вимірах, методологічний алгоритм пізнання природно-правового існування людини визначено як множину онтологічно обґрунтованих метаантропологічних, антропологічних, еволюційних, інтелігібельних і сенсибельних атитюдів з індивідуальними методами й методиками реалізації, які спрямовані на дослідження правової поведінки людини у просторі⁶. Атитюд – це внутрішній стан готовності людини до дії, що передуює поведінці, тобто психологічний стан свідомості індивіда щодо деякої соціальної цінності. Виокремлено основні компоненти структури атитюду: когнітивний (пізнавальний), афективний (емоційний) та конативний (поведінковий). Це дає підстави розглядати його одночасно як знання суб'єкта про предмет і як емоційну оцінку та програму дій щодо конкретного об'єкта. Атитюди людини можуть бути правові (правомірні і неправомірні). А коли говорять про атитюди людини в природно-правовому просторі, то йдеться насамперед про суспільні цінності людини (мораль, право, культуру тощо), як основу класифікації атитюдів, які й визначають їх спрямованість і є їхніми важливими ознаками⁶. Інтелігібельні і сенсибельні характеристики найбільше відображають філософську антропологію людини, визначають її гідність у життєдіяльності, тобто онтологічну сутність.

Відомо, що сутність людини – в її розумі, або пізнавальній здатності, в її здатності до утворення політичної спільності⁷. Керуючись розумом, людина забезпечує собі місце в соціумі і виконує онтологічні обов'язки, демонструє тим самим свою гідність у реалізації своїх прав і свобод.

Свобідна воля як визначник метаантропології людини є ціннісним її статусом. Зважаючи на це, як вказують філософи, людина вознесена над світом природної необхідності і долі⁸, оскільки є єдиним творінням отримання такого дару⁹ господарем не тільки навколишнього середовища, але й себе самої, стає творцем самої себе, має як визнання, так і реалізацію власного проекту людськості¹⁰.

Життєдіяльність людини немислима без свободної волі, оскільки ця властивість є онтологічною. Заради свободної волі людина йде на все: ризикує самим життям, готова втратити матеріальні блага чи певну вигоду тощо. Тому, зрозуміло, здобутки інтелектуальної власності, діяльності людини навіть підсвідомо скеровані на те, щоби зберегти свободну волю. Ті ж проблеми мають бути відображені і в праві. У природному праві такий захист свободної волі людини наявний, чого не можна повністю сказати про позитивне право¹¹. Завданням філософії повинна стати охорона прав і свобод громадянина на законодавчому рівні, щоб не було випадків нехтування природної істини, обману людського розуму.

Що відбувається з обманутим розумом, те саме відбувається із занапащеною або скутою свободою; для багатьох вона – зв'язок сил і потягів, які зумовлюють зручність або звичність. Людина рідко зазирає за них і часто-густо, коли її зв'язують низькі потяги та огидні звички, може стати злішою за тварину. І все ж таки через свою свободу – навіть якщо вона занапастила її – людина є царем. Вона є і залишається для самої себе вільним створінням, хоча всеохопне добре охоплює її навіть у її безумстві і скеровує його на загальне благо. Людина в омані та в істині, у падінні та вставанні, хоч і є слабкою дитиною, але вільно народженою, якщо ще не є розумною, то все ж таки здатна на кращу розумність. Ранній для самостійного виживання прихід до світу робить помітним розрив між вимогами навколишнього світу й можливостями дитини, вимагає виховальної допомоги і дозволяє дитині увійти в дуже ранній контакт з різноманітними явищами світу.

⁵ Хамитов Н. Философия. Человек. Бытие. Мир. Курс лекций. Киев: КНТ, Центр учеб. лит., 2006. 456 с.

⁶ Романова А. С. Людина у природно-правовому просторі: інтелігібельні і сенсибельні виміри: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Львів, 2016. 40 с.

⁷ Философский словарь: Основан Г. Шмідтом. 22-е изд., новое, перераб.; под ред. Г. Шишкоффа; пер. с нем.; общ. ред. В. А. Малинина. Москва: Республика, 2003. 575 с.

⁸ Всемирная энциклопедия: философия / гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. Москва: Аст, Минск: Харвест, Современный литератор, 2001. 1312 с.

⁹ Философский словарь / [авт.-сост.: И. В. Андрущенко, О. А. Вусатюк, С. В. Линецкий и др.]. Киев: А.С.К., 2006. 1056 с.

¹⁰ Мондін Б. Підручники систематичної філософії. Т. 6: Етика і політика / пер. з італ. Т. Босої. Жовква: Місіонер, 2017. 248 с.

¹¹ Сливка С. С., Романова А. С. Філософія права: навч. посіб. Вид. 3, переробл. і допов. Львів: Ліга-Прес, 2018. 316 с.

Тобто ніхто не має права принижувати гідність людини. Гідність, велич людини є онтологічними, і ці здатності необхідно використовувати і берегти.

Наступною детермінантою філософської антропології людини є перебування її у статусі мікрокосмосу. Дослідники філософії права по-різному ставляться до такого питання, існують навіть категоричні заперечення, скептичні думки. Проте таке тлумачення має місце в науці.

Людина – це завжди одночасно мікрокосм, мікротеос і мікросоціум. Тому складним питанням є філософське, однозначне визначення людини. Конкретна людина – це практично завжди виняток із загального правила, унікальна цілісність, де в індивідуальному особистісному досвіді достатньо складно диференціювати тілесний, душевний і духовний рівні⁸. Хоча людина живе духовним життям, вона не однозначна. На неї не слід дивитися тільки крізь призму якоїсь однієї з іпостасей. Вітальність, соціальність і духовність, які складають єдине ціле в межах людського існування, принижують один одного, породжуючи множину різноманітних протиріч, що наповнюють буття людини непідробленим драматизмом. Сутність людини не вміщується ні у вітальність, ні в соціальність, ні в духовність, а полягає в розігруючих між ними протиріччях, які змушують шукати способи їх згладжування і вирішення¹. Крім того, становище людини в суспільстві часто є складним і в пошуках перспективнішого подальшого виживання. Причина цього – небувала раніше роз'єднаність один від одного. Подолати цю роз'єднаність людства виявили здатність найбільш сучасні комп'ютери, які дозволяють потенційно вступати в діалог ледь не з усім людством⁹. Такий вихід зі становища можливий, але недоцільний, оскільки роль мікрокосмосу не повинна бути технічною, а соціальною.

Наявність розуму – це фактор, що спонукає людину до розвитку, до створення власного світу, де вона почувалась би «у себе вдома», проте кожний досягнутий нею щабель розвитку залишає її незадоволеною, провокуючи на нові пошуки і рішення. Однак, поки людина живе, вона ще не сказала свого останнього слова, через що її не можна визначити однозначно⁹. Тобто визначити роль мікрокосмосу, як і Космосу, Природи в цілому, людині повністю не вдається. Основна причина полягає в тому, що людина сама себе не може оцінити. Оцінки, які існують, є квазіістинними.

Культурне буття у філософській антропології людини у праві є реальним життям, яке називають земним, тимчасовим існуванням у природно-правовому просторі.

Культурний вимір людини полягає в тому, що природа вручає людині генетичний код у момент, коли вона приходить у світ, він є незначним порівняно з тим, скільки сама природа делегує культурі. Дитина, яка народжується, містить у собі тільки нарис людськості: щоб бути додатково окресленою і повністю реалізованою, вона потребує тривалого, наполегливого, розумного, безперервного втручання культури. Отже, людина стає значною мірою творцем самої себе. Кожен з нас стає тим, ким хоче стати. Це те, що мається на увазі, коли стверджується, що людина є, по суті, культурним буттям¹⁰.

Гідність людини впливає з того, що вона сама себе довершує у культурному бутті. Тобто людська культурологічна діяльність завдяки волі, інтелігібельним і сенсильним факторам сприяє максимально наблизити власний мікрокосмос до макрокосмосу. Усвідомлення свого метаантропологічного значення у Всесвіті повинно викликати самоповагу, повагу до ближнього й володіти почуттям онтологічних прав і свобод. Сповнена такої гідності людина відчуває свою потребу в земному житті. Ця потреба змінює світ завдяки культурологічним діям. Добре, якщо ці зміни можна належно оцінити.

Аби вижити за таких умов, людина мусить засвоїти культуру як «другу природу». Головними поняттями культури є поняття розвантаження інституту. Людина, попри її відкритість світові й редукованість інстинктів, при всій своїй неймовірній потенційній пластичності й нестабільності все ж таки виробляє передбачувану, регулятивну поведінку, яку за певних заданих умов можна побачити з певною вірогідністю, а отже, таку поведінку, яку можна назвати квазіінстинктивною або квазіавтоматичною, яка посідає місце інстинктивної поведінки і, очевидно, визначає стабільний соціальний зв'язок. Розвантажують первинну енергію мотивації усі вищі функції людини в усіх царинах інтелектуального та морального життя.

Розглянемо такі антропологічні чинники людини, як розум і воля. Б. Мондін вважає, що глибинна причина, завдяки якій людина є, власне, культурологічним буттям, криється у волі. Воля означає судити і вибирати: це результат судження і вибору. Воля означає бути господарем над мотивацією власних вчинків, бути, отже, господарем над власними діями і над самим собою. Завдяки волі людина стає відповідальною за те, що робить, і за те, ким є. Завдяки волі людина стає не тільки суб'єктом моралі, відповідальним за власні дії, що заслуговує на нагороди і покарання, на похвалу й осуд. Функцією волі є не просто надавати етичну конотацію людському діянню, щоб було можливо кваліфікувати його як добре чи погане. Воля для людини робить набагато більше: її функція, до того як бути етичною і юридичною, є антропологічною і онтологічною. Вона дана людині, щоб та реалізувала саму себе і власне буття; щоб довела до завершення те, що природа в ній заклала і намітила¹⁰.

Розум і воля (дія волі без розуму є небажаною), а також права і свободи у філософсько-правовій антропології сприяють формуванню гідності людини. Тобто основними детермінантами гідності, на нашу думку, є розум і воля, які довершують проекти людськості і за допомогою основних богословських чеснот віри,

¹ Бугерко Я. Буттєвість духовності в оптиці методологічного аналізу. *Психологія і суспільство*. 2017. № 1 (67). С. 62–72.

надії і любові здійснюють максимальне наближення мікрокосмосу до макрокосмосу. Ці детермінанти людської гідності визначають напрям олюднення, наповнюють гідність новими наближеними до природних культурологічними здобутками, які мають духовну цінність. Однак через падіння людської гідності світ стає дедалі більш аморальним. Правителі держав не спроможні вивести суспільство з пікетуючого стану, із корупційних схем, які вони вимушено змушені самі очолювати. Така втрата людської гідності знищує природний дар свободи, природну самість і людськість.

При цьому філософи наголошують, що в таких життєдіяльних умовах здійснюється диференціація людських сил, здібностей та інтересів. Одночасно природа людського співжиття багато чим відрізняється від життя окремої людини. Так, проблема людської природи була і досі є проблемою і індивідуально-психологічною, і соціальною та загальнофілософською. Вона є проблемою людини і людськості як набору всіх специфічних ознак, які властиві всім людям. З виникненням людського суспільства постала проблема інтеграції індивідуальних інтересів і запитів людини, з одного боку, і суспільства – з іншого. Відповідно, виникали різні форми гніту людини людиною. Паралельно появилася мрія про цілісність людського існування, яке не потребувало б примусу і насилля ні у формі морального самообмеження, ні у формі державного панування⁹.

Іншими словами, людина повинна думати про збереження своєї гідності, незважаючи на суспільство чи державу. Спасатися від суспільної аморальності необхідно так, щоб не втратити людяності. Більше турбуватися про оздоровлення своєї екзистенції, трансценденції, тобто людської метаантропологічної природи, що є новим відродженням людської гідності у ХХІ ст.

Філософсько-правову антропологію людини доцільно висвітлити словами Едіти Штайн: людина не є ані суто духовною формою, ані суто тілом. Знаємо, що концепція душі, як субстанційної форми тіла, увійшла в догматичні пояснення людської природи. Тіло є матеріальним, але особливого роду: живою й чуттєвою істотою, а людське тіло як жива й чуттєва істота особливо відрізняється від усіх інших тіл, живих і чуттєвих істот. Цією особливою визначеністю воно завдячує своїй субстанційній формі. Але буття людської душі не вичерпується, як буття рослинних і тваринних життєвих функцій, формуванням тіла й дією в ньому та з ним. Її пізнання й бажання є суто духовною дією; тож і її буття, з якого виникає ця дія, є буттям духовним. Тому вона не належить до матеріальних форм. Але вона й не належить до чистих духів, оскільки за суттю є формою тіла і воно їй потрібне, щоб розвинути її повну діяльність, яка теж є тілесно-чуттєвою, хоча нею й не обмежується. Будучи духовною субстанцією, вона є субсистуючою формою, але через свою спрямованість на тіло є субстанцією, якій потрібне доповнення і яка завершується щойно через тіло. Лише так завершений індивід є цілою людиною².

Висновки. Життя людини потрібно постійно змінювати, оскільки людська природа є пошкодженою, поражена злом. Позбутися власними силами зла, яке є в людині, вона не може. Починати потрібно з кардинальних чеснот: віри, надії і любові у супроводі надприродної благодаті. Цей стан людини, який зараз є в ортологічному вимірі, не є остаточним. Він нагадує радше не найкращий стан паломництва на землі. Тому у філософсько-правовій антропології головними є три антропологічні чинники: створення світу, гріховність людини, спасіння людства. З уваги на наслідки цих чинників, людина має свою гідність з відповідними правами і свободами.

Анотація.

У філософії права існує потреба у тлумаченні таких основних понять, як людська гідність, права, свобода, воля людини, які необхідні для поглибленого розуміння права та його застосування в регулюванні суспільних відносин. Тому актуальним є розглянути деякі детермінанти (визначники), які визначають людину, її філософську антропологію у праві. Це, зокрема, стосується метаантропології людини, інтелігібельності і сенсильності, свободної волі, мікрокосмосу, культурного буття, гідності. Зауважимо, що ці визначники є основними в нашому розумінні. Для досліджень інших тем потрібні й інші не менш важливі детермінанти.

Слід акцентувати увагу на тому, що теперішнє суспільство часто забуває про людські чесноти, гідну поведінку та справедливість. Саме тому, важливим є донести до людей, що людина народжена на цей світ для того, щоб творити добро та змінювати світ на краще, а не руйнувати, те що і так вже пошкоджено протягом багатьох століть. Люди на сьогоднішній час є певними чистівниками «лісу» (суспільства), проте замість того, щоб очищувати, вони ще більше наносять шкоди, тим, що забувають про свою місію, свою людяність та доброту врешті рещт.

Summary.

In the philosophy of law there is a need to interpret such basic concepts as human dignity, rights, freedom, human will, which are necessary for a deeper understanding of law and its application in the regulation of social relations. Therefore, it is important to consider some determinants (determinants) that define man,

² Юлдашев О. Природно-правова цінність категорії «гідність людини» як підґрунтя будь-якого реформування (до проблеми принципів державотворення). *Вісник Академії правових наук України*. 2002. № 1 (28). С. 92–99.

his philosophical anthropology in law. This, in particular, applies to human metaanthropology, intelligibility and sensibility, free will, microcosm, cultural existence, dignity. Note that these determinants are basic in our understanding. Other equally important determinants are needed to study other topics. It should be emphasized that today's society often forgets about human virtues, decent behavior and justice. That is why it is important to convey to people that man was born into this world in order to do good and change the world for the better, not to destroy what has been damaged for centuries. People today are certain cleansers of the "forest" (society), but instead of cleansing, they do even more harm by forgetting about their mission, their humanity and kindness in the end.

References:

1. Фюрст М., Тринкс Ю. Філософія / пер. з нім. В. Кебуладзе. Київ:ДУХ І ЛІТЕРА, 2018. 544 с.
2. Философская антропология: словарь / под ред. Н. Хомилова. Киев: КНТ, 2011. 472 с.
3. Философия: Энциклопедический словарь / под ред. А. А. Ивина. Москва: Гардарики, 2004. 1072 с.
4. Філософський енциклопедичний словник / за ред. В. І. Шинкарука. Київ: Абрис, 2002. 744 с.
5. Хамитов Н. Философия. Человек. Бытие. Мир. Курс лекций. Киев: КНТ, Центр учеб. лит., 2006. 456 с.
6. Романова А. С. Людина у природно-правовому просторі: інтелігібельні і сенсильні виміри: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Львів, 2016. 40 с.
7. Философский словарь: Основан Г. Шмідтом. 22-е изд., новое, перераб.; под ред. Г. Шишкоффа; пер. с нем.; общ. ред. В. А. Малинина. Москва: Республика, 2003. 575 с.
8. энциклопедия: философия / гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. Москва: Аст, Минск: Харвест, Современный литератор, 2001. 1312 с.
9. Философский словарь / [авт-сост.: И. В. Андрущенко, О. А. Вусатюк, С. В. Линецкий и др.]. Киев: А.С.К., 2006. 1056 с.
10. Мондін Б. Підручники систематичної філософії. Т. 6: Етика і політика / пер. з італ. Т. Босої. Жовква: Місіонер, 2017. 248 с.
11. Сливка С. С., Романова А. С. Філософія права: навч. посіб. Вид. 3, переробл. і допов. Львів: Ліга-Прес, 2018. 316 с.
12. Бугерко Я. Буттєвість духовності в оптиці методологічного аналізу. *Психологія і суспільство*. 2017. № 1 (67). С. 62–72.
13. Юлдашев О. Природно-правова цінність категорії «гідність людини» як підґрунтя будь-якого реформування (до проблеми принципів державотворення). *Вісник Академії правових наук України*. 2002. № 1 (28). С. 92–99.

Ivanna Shcherbai,
Educational and Scientific Institute
law, psychology and innovative education
Lviv Polytechnic National University
Laboratory assistant of the department
ivashkakaktys@gmail.com

ON THE ISSUE OF INVESTMENT RISK AND RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF INVESTMENT OBLIGATION: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS

Iryna Shmilo

Keywords:

investing; investment risk; legal liability; legal position, sanction.

Problem statement. At the legislative level, the importance of attracting investment in key sectors of Ukraine's economy has been repeatedly declared. However, in all types of investment legal relations, it is extremely important to take into account all available and potential risks of breach of obligation and bringing the guilty party to justice. In this regard, it is important not only to ensure the criminal function of liability, but also to effectively realise the preventive and compensatory functions of legal liability.

The purpose of the study is to reveal the essence of risk in investment legal relations and liability for violation of investment obligations, as well as a detailed analysis of the legal positions of the Supreme Court of Ukraine and the Supreme Court regarding the risks, causes and consequences of non-performance / improper fulfilment of these investment obligations in contractual legal relations for privatisation of state property.

Analysis of the latest research and publications. Selected risk issues in business activities were considered by scientists such as Yu. V. Tyuleneva, O. A. Vyshnevskaya, M. V Korzh, N.M. Vnukova,^{1,2} I. V. Moroz, S.V. Hlibko,^{3,4} A. A. Zhigir, A. S. Shapkin, I. B. Chaikin and others.

Presentation of the main material. First of all, let's turn to the definition of risk in national regulations and works of legal scholars.

The general definition of risk is contained in the Law of Ukraine "On the Basic Principles of State Supervision (Control) in the Sphere of Economic Activity." According to this normative legal act, risk is the probability of negative consequences from the implementation of economic activities and the possible amount of losses from them, which is measured in quantitative and qualitative indicators.

It should be noted that the disclosure of the investment risk took place only within the limits of specialised banking legislation and it was understood as the risk of loss or unavailability of financial assets of the payment organisation of the payment system and / or financial assets transferred to the payment organisation of the payment system by a payment system participant arising as a result of their investment.⁵

One of the founders of research in the field of investment risks is D. Belemore, who in his work "Investment: Principles, Practice and Analysis" (1960)⁶ revealed the essence of investment risk through its 5 components:

- 1) psychological risk associated with investors' fear of loss of income;
- 2) market risk associated with falling market price below the purchase price;
- 3) inflationary risk - the danger of impairment of money after the capital is placed;
- 4) credit risk - the risk of deterioration of the issuer's condition or inability to make a debt repayment;
- 5) the risk of the interest rate associated with fluctuations in securities prices as a result of changes in supply and demand.⁷

¹ Внукова Н. М. Економічна оцінка ризику діяльності підприємств: проблеми теорії та практики / Н. М. Внукова, В. А. Смоляк; Харківський національний економічний ун-т. – Харків: ВД «ІНЖЕК», 2006. 181 с.

² Сучасні економіко-правові ризик-орієнтовані засоби регулювання розвитку ринку фінансових послуг: монографія / За ред. Н.М. Внукової, С. В. Глібка. – Харків : НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. 304 с.

³ Глібка С. В. Ризик-орієнтований пруденційний нагляд за надавачами платіжних послуг. Теоретичні та практичні проблеми земельної реформи в Україні: зб. наук. пр. за матеріалами кр. ст. (м. Харків, 15 листопада 2019 року) / редкол. О. В. Петришин, А. П. Гетьман, С. В. Глібка. Харків, НДІ ПЗІР НАПрН України, 2019. С. 162-169.

⁴ Глібка С. В. Особливості нормативно-правового визначення ризиків розрахунків в платіжних системах. Економіко-правові проблеми розвитку та сприяння господарській діяльності в сучасних умовах: зб. наук. пр. за матеріалами кр. ст. (м. Харків, 25 червня 2020 року). Харків, НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. С. 69-77.

⁵ Положення про нагляд (оверсайт) платіжних систем та систем розрахунків в Україні: затв. Постановою НБУ України від 28.11.2014 № 755. Офіційний вісник України від 30.12.2014 — 2014 р., № 102, стор. 33, стаття 3015

⁶ Bellemore D.H. Investments Principles, practices and analysis 2d ed. N.Y., Simmons. Boardam, 1960. 898 p.

⁷ Легка Я. І. Інвестиційні ризики: еволюція поглядів та класифікація. *Інвестиції: практика та досвід*. № 15. 2009. С. 10.

K. Levisauskait defines investment risk as the probability that the actual result from the investment will be different from what is expected.¹

Yu. M. Zhornokui understands the possibility of objective and subjective prerequisites that hinder the implementation of an innovative project and pose an accompanying threat to society under the risks that occur during venture capital investment.²

O. M. Sergey attributes the following to the legal risks of investment activities:

- 1) lack of an effective mechanism for legal protection of investors from debtors and unscrupulous partners;
- 2) insufficient level of investment and legal security and financial guarantees for investors;
- 3) weak legal capacity of the judicial system
- 4) non-compliance by Ukrainian debtors with their obligations;
- 5) the unresolved problems associated with standardisation and certification of products and goods, bringing them to pan-European requirements.³

The emergence of risk is caused by the lack of sufficient information about the event or phenomenon and the inability to predict the course of events.⁴

Summarising the above, it should be noted that when investing risks are borne not only by the investor, but also by the owner of the investment object, but also by non-registration or improper accounting of investment risks can lead to violation of investment obligations, interests of one of the parties to investment legal relations and bringing the guilty party of investment legal relations to economic and

We will analyse economic and legal liability in the aspect of national legislation of Ukraine.

It should be noted that the regulations of Ukraine do not define the term "economic and legal liability."

Based on the definition given by legal scholars, economic and legal liability is property-organisational and legal measures in terms of content and legal in the form of measures to influence the economic interests of participants in economic legal relations in the event of an economic offence.⁵

In accordance with Art. 216 of the Civil Code of Ukraine, participants in economic relations are subject to economic and legal liability for offences in the field of economic management by applying economic sanctions to offenders on the grounds and in accordance with the procedure provided for by this Code, other laws and contracts. The application of economic sanctions should guarantee the protection of the rights and legitimate interests of citizens, organisations and the state, including compensation for losses to participants in economic relations caused as a result of the offence, and ensure law and order in the field of business.

In view of the above, we consider it appropriate to define the following functions of liability for violation of obligations in the field of investment legal relations: punitive; preventive; restorative (compensatory). Of particular importance is the latter function in investment legal relations to which the state is a party, in particular with regard to privatisation of state property.

According to the Report of the Accounts Chamber on the results of the analysis of the report of the State Property Fund of Ukraine for 2019, in part, affects the implementation of the state budget based on the results of privatisation bodies of control measures in 2019, the outstanding conditions are established by 50 contracts, the most common violations of the terms of sales contracts, in particular, are: lack of funds for completion of construction and failure to commission the privatisation facility (16 cases), late payment of the facility (11 cases), failure to make investments (4 cases), impossibility of re-registration of the developer's rights (4 cases) and late execution of title documents for the land plot (3 cases), etc.⁶

For a more detailed study of this issue, we will review the jurisprudence of the Supreme Court on violation of certain types of investment treaties.

¹ Levisauskait K.. Investment Analysis and Portfolio Management: Leonardo da Vinci programme project „Development and Approbation of Applied Courses Based on the Transfer of Teaching Innovations in Finance and Management for Further Education of Entrepreneurs and Specialists in Latvia, Lithuania and Bulgaria". Vytautas Magnus University: Kaunas, Lithuania. 2010.URL: https://www.bcci.bg/projects/latvia/pdf/8_IAPM_final.pdf

² Жорнокуй Ю. М. Ризики у сфері венчурного підприємництва. Сучасні економіко-правові ризик-орієнтовані засоби регулювання розвитку ринку фінансових послуг: монографія/ За ред.. Н.М. Внукової, С. В. Глібка. – Харків : НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. С. 148

³ Сергій О. М. Основні проблеми та ризики інвестиційної діяльності в Україні. URL: http://www.rusnauka.com/16_NPRT_2009/Economics/47579.doc.htm

⁴ Борисов І. В. Спеціальні (функціональні) вимоги до організаційно-правових форм фінансових установ на ринку фінансових послуг як інструмент зменшення ризиків в їх діяльності. Сучасні економіко-правові ризик-орієнтовані засоби регулювання розвитку ринку фінансових послуг: монографія/ За ред.. Н.М. Внукової, С. В. Глібка. – Харків : НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. С. 40-41

⁵ Господарське право: підручник/Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, Р. П. Бойчук та ін. ; за загальною редакцією Д. В. Задихайла, В. М. Пашкова. Харків: Право, 2012. С.291.

⁶ Звіт Рахункової Палати про результати аналізу звіту Фонду державного майна України за 2019 рік у частині, що впливає на виконання державного бюджету. URL: https://rp.gov.ua/upload-files/Activity/Collegium/2020/24-1_2020/Zvit_24-1_2020.pdf

As follows from the Resolution of the Supreme Court of July 3, 2018 in case No. 910/23481/17, a contract for the purchase and sale of unfinished construction under 6200,000,000 was concluded between the State Property Fund of Ukraine and LLC in 1995. Rubles.

The object was sold for UAH 65,000.00 and the amount of value added tax is UAH 13,000.00 - together with UAH 78,000.00. The property has passed to the buyer.

In the future, amendments were made to the contract, which obliged the buyer to carry out the capital spent during 2009-2015 and until 2015 inclusive to carry out the construction of the transferred real estate object - a multifunctional office centre. In 2015, the Fund found that the LLC did not invest during 2014 and did not carry out construction work, which is planned to be completed by the end of 2015. That is, in violation of the terms of the concluded contracts, the LLC did not fulfil its obligations, namely, did not make investments in the construction site in 2014 in the amount of 46,000 UAH, and also did not complete the construction of a multifunctional office centre. On the basis of Part Five of Article 29 of the Law of Ukraine "On Privatisation of State Property" (in the current edition) accrued a penalty of 0.1% for 180 days, taking into account part six of the Civil Code of Ukraine for the amount of outstanding obligations (45,807,197.00 UAH), which, according to the Fund, is 8245,295,46 UAH.

The reason for the dispute in this case was the existence or absence of grounds for recovery 8245,295.46 UAH.

The Supreme Court applied Article 29 of the Law of Ukraine "On Privatisation of State Property" in force at that time: "in case of violation of the terms of investment in the established amount established by buyers, a penalty of 0.1 percent of the value of the uninvestment for each day of delay is paid by the terms of the sale and sale agreement." On the basis of which the court found it justified to prosecute LLCs for breach of obligation.

In this aspect, it should be noted that a rule similar to the quoted one is contained in the current Law of Ukraine "On Privatisation of State and Municipal Property."

At the same time, at the request of the LLC, the court applied the provisions on the statute of limitations, recognised the Fund as such that it missed the statute of limitations on the basis of which it refused to recover penalties from LLC for improper fulfilment of obligations.⁷

In summary of this decision, it is advisable to note that the court recognised the fact of the breach of the obligation, the validity of the accrual and the amount of penalties for improper performance of the obligation, but did not recognise the Fund's passing the statute of limitations as justified.

The following legal position is contained in Supreme Court Resolution No. 911/452/16 of July 25, 2019.⁸ In accordance with the stated circumstances of the case, a contract for the purchase and sale of a stake in the Open Joint Stock Company was signed in 2010 between the Regional Branch of the State Property Fund of Ukraine for the Kyiv Region (hereinafter referred to as the RBSPFU for Kyiv Region) and LLC M8 Consultative Group (hereinafter referred to as the Buyer). In 2010, a contract for the purchase and sale of a stake in Open Joint Stock Company was signed. Under the terms of the said contract, the Buyer was obliged to ensure investments in the technical re-equipment of the production of thermal appliances within three years from the date of transfer of ownership of the shareholding. The Buyer has not actually fulfilled these duties. In connection with the above and guided by Article 27 of the Law of Ukraine "On Privatisation of State Property," Articles 611, 651 of the Civil Code of Ukraine of Ukraine for the Kyiv Region asked to terminate the contract for the purchase and sale of a stake and return the privatised object to state ownership. In addition, RBSPFU in the Kiev region was charged a penalty of 0.1% of the value of uninvited investments in accordance with paragraph 5 of Article 29 of the Law of Ukraine «On Privatisation of State Property».

The courts of all instance, including the Supreme Court, dismissed the claim. The Supreme Court noted the following on the violation of the terms of investment.

In 2011, LLC "M8 Advisory Group" transferred JSC "Klavdievsky DEZ" accepted part of the equipment worth 2050,000.00 UAH, in 2012 - 3020000.00 UAH, 2013 - 5056000.00 UAH. At the request of LLC M8, the Advisory Group fulfilled reports on the valuation of the investment value of the transferred equipment for 2012 (the market value of the object of valuation was determined in the amount of UAH 5883,000.00 including VAT) and for 2013 (the market value of the valuation object was determined in the amount of UAH 5211964.80 including VAT). In addition, according to the act of acceptance and transfer, a stand for testing new types of alternative fuel was transferred from 12.03.2012 worth UAH 80928.00.

At the same time, the courts found that this equipment was not accepted on the balance sheet of JSC "Klavdievsky DEZ" and was not reflected as an increase in the cost of fixed assets, so when conducting an inspection of RBSPFU in the Kiev region, it was concluded that it was not to make an investment.

At the same time, the courts took into account that as of the date of conclusion of the privatisation agreement, there was a rule according to which the privatisation agreement should include conditions for investment

⁷ Постанова Верховного Суду від 03 липня 2018 року у справі № 910/23481/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75135362>

⁸ Постанова Верховного Суду від 25 липня 2019 року у справі № 911/452/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83285288>

exclusively in cash, their amount and terms. It follows from the content of the agreement that it does not contain a condition on the exclusive monetary form of investment, and therefore the courts of previous instances, guided by the Law of Ukraine "On Investment Activities", according to which investments are all types of property and intellectual property invested in objects of entrepreneurial and other activities, as a result of which profit (income) is created or a social effect is achieved, we came to a reasonable conclusion that the construction and transfer of the LLC "M8 Advisory Group" of JSC "Klavdievsky DEZ" of the LEC-1000 complex in accordance with the agreement for the implementation of the investment project of 15.06.2011 was an appropriate fulfilment of the terms of paragraphs 11.2.1 and 11.2.6 of the privatisation agreement on investment in general in the amount of at least UAH 10 million.

The Supreme Court agreed with the conclusions of the courts of previous instances, which found that the revealed violations committed by the buyer are not significant, that is, when, as a result of the damage caused by them by the RBSPFU for the Kiev region, we came to a reasonable conclusion that there are no grounds for termination of the privatisation contract, so there are no reason to meet the requirements that are derivatives.

The requirement to recover penalties for late fulfilment of the obligation to invest in the technical re-equipment of production was not satisfied due to the statute of limitations.

Thus, the reasons for the violation of the interests of the state in this case were the non-compliance of the terms of the investment contract with the current provisions of the legislation on the form of investment, as well as missing the statute of limitations.

Conclusions: Taking into account the above jurisprudence, it is advisable to identify two main criteria that determine the existence of grounds for satisfying the claim for termination of such a treaty: 1) the existence of significant harm caused to the interests of the state; 2) the investor's fault, which is mainly not to carry out all the necessary actions aimed at fulfilling the investment terms of the contract.

In this aspect, it should be noted that in accordance with the Commercial and Procedural Code of Ukraine, the burden of proving the circumstances rests with the plaintiff - in this case - the State Property Fund of Ukraine.

The established obstacles to protecting the interests of the state in investment legal relations in case of violation of relevant obligations are difficulties in bringing a number of circumstances and improper performance by authorised persons of the State Property Fund of Ukraine of obligations to apply to the court for protection of rights within the limitation period. In addition, it is possible that there may be a dispute between the parties to conclude an additional agreement to the contract, which amends the essential terms of the contract, for example, to postpone their implementation.

Abstract.

The article is devoted to the study of the essence of risks in investment legal relations and liability, occurs in case of non-fulfilment / improper fulfilment of investment obligations. The paper outlined the main scientific approaches to determining the general term "risk," signs of investment risk, formulated the essence and functions of legal liability in investment legal relations and analysed violations of investment obligations through the relevant legal positions of the Supreme Court of Ukraine and the Supreme Court. The author found that the main aspects that are decisive in satisfying claims of the State Property Fund of Ukraine related to violation of the terms of investment in privatisation contracts are the existence of a proven fact of causing significant damage and the fault of the party to the obligation.

References:

1. Внукова Н. М. Економічна оцінка ризику діяльності підприємств: проблеми теорії та практики / Н. М. Внукова, В. А. Смоляк; Харківський національний економічний ун-т. – Харків: ВД «ІНЖЕК», 2006. 181 с.
2. Сучасні економіко-правові ризик-орієнтовані засоби регулювання розвитку ринку фінансових послуг: монографія/ За ред. Н.М. Внукової, С. В. Глібка. – Харків : НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. 304 с.
3. Глібка С. В. Ризик-орієнтований пруденційний нагляд за надавачами платіжних послуг. *Теоретичні та практичні проблеми земельної реформи в Україні*: зб. наук. пр. за матеріалами кр. ст. (м. Харків, 15 листопада 2019 року) / редкол. О. В. Петришин, А. П. Гетьман, С. В. Глібка. Харків, НДІ ПЗІР НАПрН України, 2019. С. 162-169.
4. Глібка С. В. Особливості нормативно-правового визначення ризиків розрахунків в платіжних системах. *Економіко-правові проблеми розвитку та сприяння господарській діяльності в сучасних умовах*: зб. наук. пр. за матеріалами кр. ст. (м. Харків, 25 червня 2020 року). Харків, НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. С. 69-77
5. Положення про нагляд (оверсайт) платіжних систем та систем розрахунків в Україні: затв. Постановою НБУ України від 28.11.2014 № 755. Офіційний вісник України від 30.12.2014 — 2014 р., № 102, стор. 33, стаття 3015.
6. Bellemore D. H. Investments Principles, practices and analysis: 2d ed. N.Y., Simmons. Boardam, 1960. 898 p.
7. Легка Я. І. Інвестиційні ризики: еволюція поглядів та класифікація. *Інвестиції: практика та досвід*. № 15. 2009. С. 10 – 12.

8. Leviškauskait K. Investment Analysis and Portfolio Management: Leonardo da Vinci programme project „Development and Approbation of Applied Courses Based on the Transfer of Teaching Innovations in Finance and Management for Further Education of Entrepreneurs and Specialists in Latvia, Lithuania and Bulgaria“. Vytautas Magnus University: Kaunas, Lithuania. 2010. URL: https://www.bcci.bg/projects/latvia/pdf/8_IAPM_final.pdf
9. Жорнокуй Ю. М. Ризики у сфері венчурного підприємництва. Сучасні економіко-правові ризик-орієнтовані засоби регулювання розвитку ринку фінансових послуг: монографія/ За ред.. Н.М. Внукової, С. В. Глібка. – Харків : НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. С. 148 URL: http://www.rusnauka.com/16_NPRT_2009/Economics/47579.doc.htm
10. Сергій О. М. Основні проблеми та ризики інвестиційної діяльності в Україні. URL: http://www.rusnauka.com/16_NPRT_2009/Economics/47579.doc.htm
11. Борисов І. В. Спеціальні (функціональні) вимоги до організаційно-правових форм фінансових установ на ринку фінансових послуг як інструмент зменшення ризиків в їх діяльності. Сучасні економіко-правові ризик-орієнтовані засоби регулювання розвитку ринку фінансових послуг: монографія/ За ред.. Н.М. Внукової, С. В. Глібка. – Харків : НДІ ПЗІР НАПрН України, 2020. С. 40-41
12. Господарське право: підручник/ Д. В. Задохайло, В. М. Пашков, Р. П. Бойчук та ін. ; за загальною редакцією Д. В. Задохайла, В. М. Пашкова. Харків: Право, 2012. 694 с.
13. Звіт Рахункової Палати про результати аналізу звіту Фонду державного майна України за 2019 рік у частині, що впливає на виконання державного бюджету. URL: https://rp.gov.ua/upload-files/Activity/Collegium/2020/24-1_2020/Zvit_24-1_2020.pdf
14. Постанова Верховного Суду від 03 липня 2018 року у справі № 910/23481/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75135362>
15. Постанова Верховного Суду від 25 липня 2019 року у справі № 911/452/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83285288>

Iryna Shmilo,

Phd Candidate of the Scientific and Research Institute of Providing Legal Framework for the Innovative Development of National Academy of Law Sciences of Ukraine

IMPROVEMENT OF THE SYSTEM OF FINANCING OF SOCIAL PROTECTION OF THE POPULATION IN THE CONTEXT OF REALIZATION OF THE GOALS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Вдосконалення системи фінансування соціального захисту населення в контексті реалізації цілей сталого розвитку

Oleksandr Shubalyi, Iryna Hrynyk

Key words:

financial provision, social protection, sustainable development, region, sources of financing.

Ключові слова:

фінансове забезпечення, соціальний захист, сталий розвиток, регіон, джерела фінансування.

Постановка проблеми у загальному вигляді і її зв'язок з важливими науковими та практичними завданнями. Вивчення сучасної практики функціонування системи соціального захисту населення дозволяє виявити багато невідповідностей між потребами населення та можливостями системи соціального захисту фінансувати ці потреби, а також значну диференціацію матеріально-технічної бази та обсягів надання послуг особам, які потребують соціального захисту. Тому виникає завдання усунення диспропорцій у системі фінансування соціального захисту населення в регіональному розрізі, щоб забезпечити рівність доступу до соціальних послуг у різноманітних регіонах країни в однаковій мірі.

Аналіз останніх досліджень, у яких започатковано вирішення проблеми. Питання функціонування системи соціального захисту населення в Україні, а також її фінансового забезпечення тривалий час стає предметом наукових досліджень багатьох вітчизняних вчених. Наприклад, Красніцька Г.¹ вивчала історичний розвиток соціального захисту населення в Україні. Зарубіжний досвід функціонування національних систем соціального захисту в європейських країнах розглядала Колосовська І.І.² Зі свого боку Філіпчук В.Р.³ досліджував соціальну систему забезпечення населення України в контексті поступів від минулого до сучасності. Питання підвищення рівня соціального захисту та підтримки населення України предметно досліджувалося Вольською О.⁴ Питання щодо пошуку ефективних механізмів регулювання соціального

захисту та соціального забезпечення населення розглядав Глазко Н.Д.⁵ Теоретико-правові проблеми со-

ціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні розглядав Бурлака О.С.⁶

На державному рівні витання формування державної політики соціального захисту населення, зокрема регулювання процесів фінансового забезпечення покладено на Міністерство соціальної політики України⁷, а на рівні окремих територій сформовано відповідні департаменти (управління, відділи) в складі

¹ Красніцька Г. Історичний розвиток соціального захисту населення в Україні. *Гілея: науковий вісник*. 2013. № 73. С. 47-49.

² Колосовська І. І. Особливості функціонування національних систем соціального захисту: європейська практика. *Ефективність державного управління*. 2014. Вип. 39. С. 145-151.

³ Філіпчук В. Р. Соціальна система забезпечення населення України в контексті поступів від минулого до сучасності. *Вісник Хмельницького національного університету*. 2016. №6. С. 166-169.

⁴ Вольська О. Підвищення рівня соціального захисту та підтримки населення України. *Актуальні проблеми державного управління* : зб. наук. пр. Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, Одес. регіон. ін-т держ. упр. О., 2013. Вип. 1 (53). С. 54-57.

⁵ Глазко Н. Д. Соціальний захист та соціальне забезпечення населення в Україні та механізм його регулювання. *Економічний простір*. 2013. № 69. С. 63-73.

⁶ Бурлака О. С. Соціальний захист сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні: теоретико-правові проблеми : монографія. Харків: ТОВ «В справі», 2016. 448 с.

⁷ Міністерство соціальної політики України: офіційний веб-сайт. URL: <https://www.msp.gov.ua>

обласних державних адміністрацій, районних адміністрацій, розпочинається формування відповідних підрозділів і в територіальних громадах.

В останні роки в контексті реалізації політики децентралізації влади багато уваги зосереджується також на вивченні проблем та обґрунтуванні напрямів вдосконалення системи фінансового забезпечення соціального захисту населення. До вирішення цієї проблематики у своїх працях зверталися Тютюник І. В. та Решетняк Я. В.⁸, а також Костирко Л.А. та Зайцева Л.О.⁹ Досвід ЄС щодо формування економічних та фінансових інструментів фінансування соціального захисту в контексті забезпечення сталого регіонального розвитку розглядали Дегтярьова І.Б., Мельник О.І., Романченко Я.В.¹⁰

Отже, система фінансування соціального захисту населення перебуває на стадії становлення, враховуючи процеси децентралізації влади та активізацію процесів європейської інтеграції України, що свідчить про необхідність продовження наукових пошуків у цій важливій сфері.

Цілі статті. Мета даної статті полягає у вивченні особливостей та обґрунтуванні напрямів вдосконалення системи фінансування соціального захисту населення в Україні в контексті реалізації Цілей сталого розвитку.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих результатів. В умовах наявності системних проблем щодо наповнення та виконання державного та місцевих бюджетів слід розуміти, що основну увагу потрібно зосередити на вивченні джерел залучення коштів, які можна мобілізувати на подальшу реалізацію проектів у цій сфері з найменшим терміном окупності. Також значні державні видатки на нове будівництво не зможуть бути вчасно профінансовані через дефіцит бюджету. Тому доцільно зосередити увагу на реалізації заходів, які матимуть більш значний ефект при мінімальних вкладеннях коштів в розвиток соціальної інфраструктури.

Поряд з цим, виходячи з обраного шляху на децентралізацію системи державного управління, виникає необхідність розробки дієвих механізмів посилення ролі регіональних органів виконавчої влади, а також представницьких органів територіальних громад у вирішенні соціальних проблем населення відповідного регіону.

Зрозуміло, що усіх провести та соціальні програми, які стоять на порядку денному в тому чи іншому регіоні в короткі терміни реалізувати буде нереально, через відсутність належного фінансування соціальних видатків. Тому доцільно в кожному регіоні виділити пріоритетні напрями вдосконалення фінансування соціального захисту населення, основні засади яких представлено на рисунку 1.

Зокрема, в контексті активізації процесів децентралізації системи державного управління доцільно забезпечити і розширення повноважень виконавчих комітетів територіальних громад у системі соціального захисту. Це дозволить оперативні вирішувати багато дрібних питань соціального захисту населення шляхом уникнення тривалої бюрократичної процедури погоджень та дозволів. Натомість доцільно посилити громадський контроль у цій сфері, що уникнути нецільового використання коштів.

Поряд з цим формування незалежної системи громадського контролю за розподілом та використанням коштів регіонального бюджету на соціальні заходи дозволить забезпечити прозорість усіх рішень, а також виключити можливі прояви корупції та нецільового використання коштів бюджету територіальної громади. Разом з тим це забезпечить хороший приклад для інших недержавних структур здійснювати соціально відповідальні проекти різного масштабу.

В продовження викладеного вище можна також запропонувати відновити практику закріплення за окремими потужними суб'єктами господарювання (підприємствами, установами чи організаціями) регіону окремих інтернатних закладів та закладів соціального захисту для дітей.

Це дозволить забезпечити адресність надходження коштів, контроль за їх використанням, а також покращити морально-психологічний клімат у трудових колективах, які будуть залучені до виконання соціально відповідальних заходів.

До ключових пріоритетів можна також віднести проведення тотальної модернізації та матеріально-технічного оновлення територіальних центрів обслуговування соціально незахищених верств населення. Адже, переважна більшість будівель, транспортних засобів, іншого обладнання вже морально та фізично застарілі. Це не дозволяє повною мірою виконувати поставлені завдання. Натомість збереження також ситуації може призвести до цілковитої втрати мережі цих важливих для соціально незахищених верств населення територіальних центрів.

Для повного чи часткового вирішення проблеми фінансування соціальних заходів доцільно в цій сфері використати практику перехресного фінансування соціальних видатків за рахунок перевиконання планів

⁸ Тютюник І. В., Решетняк Я. В. Фінансова децентралізація в Україні: можливості та загрози для забезпечення сталого розвитку територіальних громад. *Економіка та держава*, 2017, 12, 43-47.

⁹ Костирко Л. А., Зайцева Л. О. Передумови формування парадигми фінансового забезпечення сталого розвитку суб'єктів господарювання. *Облік і фінанси (Accounting and Finance)*, 2020, 1 (87), 107-113.

¹⁰ Дегтярьова І. Б., Мельник О. І., Романченко Я. В. Економічні та фінансові інструменти забезпечення сталого регіонального розвитку: досвід ЄС. *Mechanism of Economic Regulation*, 2014, 3, 18-27.

адміністрування місцевих податків і митних зборів. Ця практика позитивно зарекомендувала протягом останніх років себе на прикладі фінансування капітального ремонту доріг. Адже половина суми перевищення плану по митних зборах зараховувалася на цілі капітального ремонту доріг. Аналогічно можна запропонувати реалізовувати проекти покращення матеріально-технічної бази не тільки територіальних центрів, а й інтернатних закладів та закладів соціального захисту для дітей, центрів (відділень) обліку бездомних громадян тощо. Таким чином, можна модернізувати чи повністю оновити парк обладнання та використовувати його у вільний час в комерційних цілях для отримання додаткового прибутку.



Рис. 1. *Піоритетні напрями вдосконалення фінансування соціального захисту населення (розроблено авторами)*

Не менш важливе значення матиме активізація роботи щодо створення та розвитку регіональних благодійних фондів цільового характеру. Адже соціально незахищених верств населення є досить багато, але не всі можуть проявити активну позицію щодо відстоювання своїх інтересів. Тому доцільно створити незалежну систему реєстрації цих благодійних фондів та підтримання громадського контролю за їх діяльністю в межах компетенції громадських організацій чи окремих осіб.

Враховуючи сучасні складні реалії становлення державності важливе значення має стимулювання розвитку волонтерського руху щодо реалізації програм соціальної реабілітації учасників АТО та інших соціально незахищених верств населення. До того ж позитивні приклади допомоги армії можуть бути в перспективі перенесені на діяльність волонтерських організацій і в мирний час. Важливо тільки, щоб ці організації збереглися та продовжили активну роботу для підтримки та соціальної реабілітації ветеранів АТО. Але для цього їх потрібно забезпечити організаційну підтримку від територіальних органів влади.

Також важливе значення в епоху розвитку комп'ютерної техніки та інтернету має створення та підтримання діяльності інформаційних інтернет-ресурсів для консультативної підтримки соціально незахищених верств населення з різноманітного кола питань, що стосуються трактування положень законодавства, організації спільних заходів, отримання консультацій від експертів у певній сфері. Таким чином за рахунок розвитку системи інформаційного забезпечення можна усунути черги, прискорити документообіг, зекономити час та кошти на проїзд, а також усунути незручності щодо бюрократичної організації роботи більшості державних установ та низького рівня кваліфікації окремих їх працівників.

Отже, з метою вдосконалення системи фінансування соціального захисту населення необхідно провести ряд модернізаційних заходів:

- створення державних та недержавних агенцій надання соціальних послуг населенню;
- надання прямого бюджетного фінансування соціальних послуг;

- формування нових механізмів обліку вразливих верств населення, які потребують надання соціальних послуг;
- поетапне формування методичних рекомендацій для визначення рівня бідності на всіх рівнях господарювання;
- розробка критеріїв забезпечення адресності соціальних послуг, форм виявлення нужденності сімей і громадян, які опинились в складних життєвих обставинах, визначення наявного в їх майна, визначення рівня доходів;
- запровадження системи соціальних рахунків у сфері надання соціальних послуг;
- створення єдиної інформаційної бази осіб та сімей, яким надаються соціальні послуги в Україні;
- оптимізація кількості надання послуг за рахунок покращення доходів сімей;
- збільшення кількості різновидів форм надання соціальних послуг на основі активного залучення недержавного сектору;
- оцінка ризиків проведення реструктуризації системи надання соціальних послуг із позицій її ефективності в цілому, а також у частині залучення бізнесу та некомерційних недержавних організацій зокрема;
- збільшення фінансування системи компенсації споживачам за соціальні послуги, яких вони не можуть отримати за місцем проживання;
- дотримання принципу громадського контролю за використанням державних коштів на соціальний захист;
- проведення якісного аудиту надання соціального захисту некомерційними установами для запобігання розвитку корупційних схем коли використовуються різні джерела (зокрема державні) фінансування соціальних послуг.

Загалом реалізація цих та інших заходів потребує залучення додаткових коштів, яких в державному бюджеті країни недостатньо. Тому виникає необхідність залучення позабюджетних джерел фінансування сфери соціального захисту населення за рахунок розвитку мережі недержавних соціальних інститутів.

Висновок. Таким чином, система фінансування соціального захисту населення на регіональному рівні повинна формуватися на основі вибору тих чи інших пріоритетів у роботі, щоб не розпорошувати кошти та кадровий потенціал цих структур в складних економічних умовах. Адже, розвиток системи фінансування соціального захисту потребує систематичної роботи усіх зацікавлених у реалізації цього проекту осіб та господарських структур.

Тому, щоб забезпечити вмілу організацію та належне фінансову забезпечення реалізації усіх соціальних заходів важливо створити в апараті виконавчих комітетів територіальних громад підрозділи, які б відповідали за координацію роботи між різними зацікавленими господарськими структурами, а також організовували б паралельно благодійні заходи, які, з іншого боку, дозволять підвищити імідж відповідної території та залучити додаткових туристів.

Отже, сформовані пріоритетні напрями вдосконалення фінансування соціального захисту населення дозволять зосередити увагу на реалізації важливих заходів і створити належні умови для утримання цих структур та надання різноманітних послуг стороннім замовникам, щоб забезпечити окупність своєї діяльності. Таким чином, вдосконалення основ фінансування соціального захисту населення дозволить зменшити соціальну напругу в регіонах та в країні в цілому, активізувати соціальний діалог на усіх рівнях управління державного управління, а також залучити до цього процесу бізнес і представників громадянського суспільства.

Анотація

У статті обґрунтовано основні положення регіональної політики соціального захисту населення. До основних напрямів державної та регіональної політики соціального захисту населення пропонується віднести: створення державних та недержавних агенцій надання соціальних послуг; розробка критеріїв забезпечення адресності соціальних послуг; створення єдиної інформаційної бази осіб та сімей, яким надаються соціальні послуги в Україні; збільшення кількості різновидів форм надання соціальних послуг на основі активного залучення недержавного сектору; збільшення фінансування системи компенсації споживачам за соціальні послуги, яких вони не можуть отримати за місцем проживання; дотримання принципу громадського контролю за використанням державних коштів на соціальний захист. Виділено та обґрунтовано пріоритетні напрями регіональної політики соціального захисту населення. Запропоновано в контексті реалізації політики децентралізації системи державного управління частину функцій з соціального захисту населення та надання соціальних допомог малозабезпеченим сім'ям, а також обслуговування пенсіонерів передати на рівень територіальних громад, щоб підвищити рівень соціальної відповідальності на місцях.

Abstract

The article substantiates the main provisions of the regional policy of social protection. The main directions of state and regional policy of social protection of the population include: creation of state and non-state agencies

for the provision of social services; development of criteria for ensuring the targeting of social services; creation of a single information base of individuals and families who are provided with social services in Ukraine; increasing the number of different forms of social services on the basis of active involvement of the non-governmental sector; increasing funding for the system of compensation to consumers for social services, which they can not get at the place of residence; compliance with the principle of public control over the use of public funds for social protection. The priority directions of the regional policy of social protection of the population are singled out and substantiated. It is proposed in the context of the implementation of the policy of decentralization of public administration to transfer some of the functions of social protection and social assistance to low-income families, as well as services to pensioners to the level of local communities to increase social responsibility on the ground.

References:

1. Бурлака О. С. Соціальний захист сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні: теоретико-правові проблеми : монографія. Харків: ТОВ «В справі», 2016. 448 с.
2. Вольська О. Підвищення рівня соціального захисту та підтримки населення України. *Актуальні проблеми державного управління* : зб. наук. пр. Нац. акад. держ. упр. при Президенті України, Одес. регіон. ін-т держ. упр. О., 2013. Вип. 1 (53). С. 54-57.
3. Глазко Н. Д. Соціальний захист та соціальне забезпечення населення в Україні та механізм його регулювання. *Економічний простір*. 2013. № 69. С. 63-73.
4. Дегтярьова І. Б., Мельник О. І., Романченко Я. В. Економічні та фінансові інструменти забезпечення сталого регіонального розвитку: досвід ЄС. *Mechanism of Economic Regulation*, 2014, 3, 18-27.
5. Колосовська І. І. Особливості функціонування національних систем соціального захисту: європейська практика. *Ефективність державного управління*. 2014. Вип. 39. С. 145-151.
6. Красніцька Г. Історичний розвиток соціального захисту населення в Україні. *Гілея: науковий вісник*. 2013. № 73. С. 47-49.
7. Костирко Л. А., Зайцева Л. О. Передумови формування парадигми фінансового забезпечення сталого розвитку суб'єктів господарювання. *Облік і фінанси (Accounting and Finance)*, 2020, 1 (87), 107-113.
8. Міністерство соціальної політики України: офіційний веб-сайт. URL: <https://www.msp.gov.ua/>
9. Тютюник І. В., Решетняк Я. В. Фінансова децентралізація в Україні: можливості та загрози для забезпечення сталого розвитку територіальних громад. *Економіка та держава*, 2017, 12, 43-47.
10. Філіпчук В. Р. Соціальна система забезпечення населення України в контексті поступів від минулого до сучасності. *Вісник Хмельницького національного університету*. 2016. №6. С. 166-169.

Oleksandr Shubalyi,

Dr. Sc. (Economics), Professor, Head of the Department of Economics, Lutsk National Technical University
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9131-1896>

Iryna Hrynyk,

Postgraduate Student of the Department of Economics, Lutsk National Technical University
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8154-4234>

ON LEGAL REGULATION OF STATE AID REGARDING TAX INCENTIVES IN THE LAWS OF EUROPEAN UNION

Щодо правового закріплення державної допомоги стосовно податкових пільг у законодавстві Європейського Союзу

Denys Siushov

Key words:

state aid in the EU, tax incentive, insignificant tax aid, standstill clause, interpreting state aid.

Ключові слова:

державна допомога в ЄС, податкова пільга, незначна державна допомога, положення про зупинення, тлумачення державної допомоги.

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

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

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

Це зумовлює актуальність дослідження механізму надання державної допомоги у формі податкових пільг на рівні ЄС, контролю зі сторони уповноваженого органу (Європейської комісії), особливостей скасування дискримінуючих положень законодавства, можливостей для відшкодування незаконної державної допомоги у формі податкових пільг для подальшого формулювання можливих законодавчих змін в Україні та формування напрацювань для українських судів.

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

Мета статті. Встановити основні критерії для визнання податкової пільги державною допомогою в ЄС; дослідити основні роз'яснення стосовно окремих процедурних аспектів зупинення та припинення надання державної допомоги; визначити повноваження судів у тлумаченні законодавства про державну допомогу та зверненні до уповноваженого органу; дослідити особливості визнання незначної державної допомоги у випадку надання податкових пільг.

Виклад основного матеріалу. На рівні Європейського союзу положення, що регулюють інститут державної допомоги, передбачені статтями 107-109 Договору про функціонування Європейського союзу (надалі - «ДФЕС»), а також низкою актів Європейської комісії (надалі - «ЕК») та Ради ЄС, що регулюють процедурні аспекти, інформаційними повідомленнями ЕК¹; положення деяких із них будуть розглянуті нижче.

Статтею 107 ДФЕС встановлено, що «будь-яка допомога, надана державою-членом ЄС або з використанням ресурсів держави-члена ЄС у будь-якій формі, що спотворює або загрожує спотворенням конкуренції шляхом надання переваг окремим підприємствам чи виробництву певних товарів, вважається не сумісною із внутрішнім ринком, якщо впливає на торгівлю між державами-членами ЄС».

Статтею 107 ДФЕС також встановлені переліки випадків, коли державна допомога або визнається сумісною із внутрішнім ринком ЄС (тобто є законною), або може бути визнана такою.

Статтею 108 ДФЕС закріплені основні процедурні аспекти діяльності ЕК при застосуванні законодавства про державну допомогу, а статтею 109 ДФЕС передбачено можливість Ради ЄС приймати регуляторні акти на виконання статей 107 та 108 ДФЕС.

Так, частинами 1 та 3 статті 108 ДФЕС встановлено спеціальну процедуру, на підставі якої ЕК здійснює моніторинг нової допомоги та здійснює постійний нагляд за існуючою допомогою. Держава-член ЄС повинна повідомити ЕК про плани надання чи зміни допомоги до моменту введення її у дію. Після отримання повідомлення ЕК має 2 місяці на здійснення первинної перевірки допомоги; протягом такої перевірки допомога не може бути введена у дію (так зване «правило зупинення»). Якщо за результатом перевірки ЕК доходить висновку про наявність сумнівів у сумісності допомоги із внутрішнім ринком ЄС, ЕК розпочинає формальну процедуру дослідження допомоги; правило зупинення продовжує діяти протягом строку здійснення вказаної процедури. За результатом формальної процедури ЕК може прийняти одне з наступних рішень: (1) визнати допомогу несумісною із внутрішнім ринком ЄС; (2) визнати допомогу сумісною із внутрішнім ринком ЄС; (3) визнати допомогу сумісною, якщо надавач допомоги виконає визначені ЕК умови. Якщо держава-член ЄС не повідомила ЕК про надання допомоги, така допомога не визнається автоматично незаконною; водночас, ЕК не звільняється від обов'язку здійснити перевірку такої допомоги.

Якщо ЕК доходить висновку про несумісність допомоги із внутрішнім ринком ЄС, але допомога вже була надана (наприклад, якщо ЕК не була повідомлена про нову допомогу), ЕК зобов'язує надавача допомоги відшкодувати допомогу з отримувача чи отримувачів. При цьому надавач допомоги не може аргументувати відмову від відшкодування відсутністю встановлених у законодавстві механізмів чи положеннями національного законодавства, що обмежують повноваження надавача у такій ситуації. А отримувачі допомоги загалом не можуть посилалися на принцип законних очікувань для невідшкодування отриманої допомоги².

Регламент Ради ЄС №2015/1589 (надалі - «Регламент №2015/1589») є основним актом, що деталізує положення статей 107-108 ДФЕС, містить основну термінологію, що має значення при застосуванні законодавства про державну допомогу, а також врегульовує процедурні аспекти його застосування. Для цілей цієї статті значення мають декілька положень вказаного акту, що наводяться нижче.

Відповідно до статті 1 Регламенту №2015/1589:

- «схема допомоги означає будь-який акт, на підставі якого, без необхідності подальшої реалізації інших заходів, індивідуальні форми допомоги можуть надаватися підприємствам, які визначаються в акті у загальному та абстрактному вигляді, та будь-який акт, на підставі якого допомога, що не пов'язана з конкретним проектом, може бути надана одному або декільком підприємствам на необмежений строк та/або у необмеженій сумі»;
- «індивідуальна допомога означає допомогу, що надається не на підставі схеми допомоги, а також форми допомоги, що підлягають повідомленню та надаються на підставі схеми допомоги»;
- «заінтересована особа означає будь-яку державу-члена ЄС та будь-яку особу, підприємство, або об'єднання підприємств, на чії інтереси може впливати надання допомоги, зокрема, бенефіціара допомоги, конкуруючих осіб, підприємства, торговельні об'єднання».

У розвиток положення про заінтересованих осіб, статтею 24 Регламенту №2015/1589 передбачено, що будь-яка заінтересована особа може:

- «подавати свої коментарі до ЕК після прийняття ЕК рішення про початок формальної процедури розгляду справи про державну допомогу»;

¹ Compilation of state aid rules in force [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/index_en.html

² Judgment of the Court of 21 February 1990. - Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium. - State aid - Recovery - Failure to implement. - Case C-74/89 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61989CJ0074>

- «подавати скарги до ЄК із інформацією про будь-яку допомогу, що, як видається, є незаконною, та про будь-яке використання допомоги, що, як видається, суперечить умовам використання допомоги».³

Наведені вище положення виглядає доцільним порівняти із положеннями законодавства України про державну допомогу у контексті податкового стимулювання.

По-перше, важливим є те, що на відміну від положень Закону 1555-VII, статтею 107 ДФЄС не встановлено перелік осіб, яким надається допомога, а по-друге, при визначенні наслідків допомоги мова йде про підприємства (з англ. – «undertaking»), а не про суб'єктів господарської діяльності, як у Законі 1555-VII. Це свідчить про те, що оцінка допомоги як несумісної із внутрішнім ринком ЄС здійснюється залежно від наслідків допомоги («надання переваг окремим підприємствам чи виробництву певних товарів»), а не від суб'єктів – отримувачів допомоги. Адже, державна допомога може бути непрямою – відповідно, незалежно від формального отримувача допомоги, фактичним бенефіціаром може бути інша особа. Окрім того, законодавство ЄС не містить навіть приблизного переліку форм допомоги.

Регламент №2015/1589 містить однозначно більш чітке визначення схеми допомоги, ніж законодавство України.

Так, відповідно до пункту 15 частини 1 статті 1 Закону 1555-VII програма державної допомоги визначається як нормативно-правовий акт або сукупність актів, на підставі яких певним категоріям суб'єктів господарювання передбачається надання державної допомоги впродовж певного або невизначеного періоду у визначеному або невизначеному розмірі⁴.

У визначенні схеми допомоги (перша частина визначення), яке міститься у Регламенті №2015/1589, зроблено акцент на тому, що (1) «не потребується подальша реалізації інших заходів» (тобто допомога надається автоматично, і не потребує втручання зі сторони відповідальних органів) та (2) отримувачі допомоги «визначаються в акті у загальному та абстрактному вигляді», тобто актом, що впроваджує схему допомоги, визначені критерії, яким повинен відповідати отримувач допомоги, а не конкретний перелік осіб. Друга частина визначення схеми допомоги вказує на такі ознаки як (1) отримувачі – одне або декілька підприємств, та (2) строк надання та сума допомоги не визначені.

У нещодавньому Рішенні по об'єднаних справах T-131/16 та T-263/16 Європейський загальний суд (надалі – «ЄЗС»), оцінюючи висновки ЄК щодо визнання заходів, впроваджених Королівством Бельгія у так званій «схемі звільнення від оподаткування надмірного прибутку»⁵, сформулював наступну позицію стосовно різниці між схемою допомоги та індивідуальною допомогою.

1. «Якщо індивідуальна допомога надається без впровадження наступних заходів для її реалізації, важливі елементи досліджуваної схеми допомоги повинні обов'язково виникати із положень, що визначені як підстава для такої схеми»;

2. «Коли державні органи застосовують таку схему, вони не можуть мати будь-якої свободи розсуду стосовно визначення основних елементів такої допомоги та стосовно прийняття рішень щодо її надання...повноваження державних органів повинні бути обмежені лише технічною реалізацією положень, що нібито становлять таку схему, у разі необхідності після встановлення, що заявники задовольняють умовам такої схеми»;

3. «Як впливає зі статті 1(d) Регламенту №2015/1589, акти, що є підставою для впровадження схеми допомоги, повинні визначати бенефіціарів у загальній та абстрактній манері, навіть якщо допомога, що надаватиметься їм, залишається невизначеною»;

На підставі вищевказаних критеріїв ЄЗС дійшов висновку, що у цій справі «складовий елемент досліджуваної схеми не впливав з актів, на яких ґрунтується ця схема, а відтак не міг бути застосований без подальшого впровадження заходів реалізації». Фактично, на підставі положень податкового законодавства Королівства Бельгія податкові органи видавали індивідуальні податкові рішення, у яких робили оцінку щодо можливості звільнення від оподаткування надмірного прибутку кожного підприємства-заявника. Податкові органи мали свободу розсуду, а рішення приймалося на підставі індивідуальних обставин та ознак кожного підприємства (зокрема, саме податкові органи визначали розмір надмірного прибутку)⁶.

Викликають увагу положення Регламенту №2015/1589 щодо заінтересованих осіб. Так, заінтересованою особою може бути і підприємство, а також об'єднання осіб (що здійснюють господарську діяльність).

³ Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс] . - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.248.01.0009.01.ENG

⁴ Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 28.12.2014р. № 71-VIII [Текст] / Верховна Рада України. — Офіц. вид. — К.: Офіційний вісник України, 2015. — № 3. — Стор. 18. — Стаття 46

⁵ Excess Profit Scheme

⁶ Judgment of the General Court of 14 February 2019. - Belgium and Magnetrol International v Commission. - State aid. - Joined Cases T-131/16 and T-263/16 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210761&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2312403>

Регламентом не передбачено вичерпного переліку заінтересованих осіб – таким чином, це не лише конкуруючі суб'єкти, але будь-які особи, що доведуть можливість впливу допомоги на їх інтереси. Заінтересовані особи наділені низкою прав – зокрема, подавати інформацію в ЄС про допомогу, що на думку таких осіб є незаконною¹. Визначення заінтересованих осіб за законодавством України² у цілому відповідає вказаному положенню Регламенту №2015/1589.

Повертаючись до законодавства ЄС, важливо відзначити окремі положення Регламенту ЄК №1407/2013 (надалі – «Регламент №1407/2013»), що стосується незначної допомоги. Статтею 4 (частина 1) вказаного акту встановлено, що «регламент застосовується лише до тієї допомоги, щодо якої можливо попередньо розрахувати валовий грошовий еквівалент допомоги без необхідності проведення попередньої оцінки ризиків («прозора допомога»)). А відповідно до частини 7 вказаної статті «допомога, що надається за допомогою інших засобів³, вважається прозорою незначною допомогою, якщо засіб надання допомоги передбачає обмеження, що гарантує, що гранична межа не буде перевищена»⁴.

Таким чином, вказані положення, зокрема, передбачають, що виключення щодо незначної допомоги можуть застосовуватися до податкових пільг лише у тому випадку, якщо розмір податкової пільги можна поррахувати завчасно (тобто до надання податкової пільги), а умови податкової пільги встановлюють граничний розмір пільги у грошовому еквіваленті.

Це положення суперечить визначенню незначної державної допомоги у законодавстві України. Так, відповідно до Закону 1555-VII «незначна державна допомога - це державна допомога одному суб'єкту господарювання, сукупний розмір якої незалежно від її форми та джерел не перевищує за будь-який трирічний період суму, еквівалентну 200 тисячам євро, визначену за офіційним валютним курсом, встановленим Національним банком України, що діяв на останній день фінансового року». Отже, з токи зору застосування законодавства про державну допомогу до податкових пільг, рекомендується привести положення Закону 1555-VII до положень Регламенту ЄК №1407/2013.

Ще одним важливим для цілей цієї роботи актом у сфері державної допомоги у контексті податкового стимулювання є Інформаційне повідомлення ЄК №2009/C85/01 «Про застосування законодавства про державну допомогу національними судами» (надалі – «Повідомлення №2009/C85/01»⁵. Серед найбільш актуальних положень вказаного акту можна визначити наступні:

- «національні суди уповноважені тлумачити поняття державної допомоги» (пункт 10 регламенту);
- «якщо національному суду необхідно визначити, чи підпадає певний захід під дію схеми допомоги, слід лише перевірити, чи були виконані всі критерії, передбачені актом затвердження схеми допомоги» (пункт 17);
- «якщо виникають сумніви у дійсності рішення Європейської комісії, національний суд може, а у деяких випадках зобов'язаний, звернутися до Європейського суду справедливості для отримання попереднього висновку», крім випадку, якщо «заявник⁶ мав можливість оскаржити рішення Європейської комісії перед судами Європейського союзу, але не скористався своїм правом» (пункт 17);
- «національний суд має право звернутися до Європейської комісії для отримання висновку...якщо існують сумніви стосовно застосовності Регламенту про блокові виключення або існуючої чи затвердженої схеми допомоги» (пункт 18);
- «положення про зупинення⁷, визначене статтею 88(3) Договору⁸, призводить до безпосереднього виникнення ефективних індивідуальних прав постраждалих осіб (наприклад, конкурентів бенефіціара). Ці постраждалі особи можуть захистити свої права шляхом подання позову у компетентні національні суди проти держави-члена ЄС, що надала допомогу» (пункт 24);

¹ Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс] . - Електрон. дан. (1 файл). – Режим доступу до ресурсу: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.248.01.0009.01.ENG

² Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 28.12.2014р. № 71-VIII [Текст] / Верховна Рада України. — Офіц. вид. — К.: Офіційний вісник України, 2015. – № 3. – Стор. 18. – Стаття 46

³ Це, зокрема, допомога у формі фіскальних заходів

⁴ Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid Text with EEA relevance [Електронний ресурс] . - Електрон. дан. (1 файл). – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013R1407>

⁵ Commission Notice on the enforcement of State aid law by national courts No 2009/C 85/01 of 09.04.2009 [Електронний ресурс] . - Електрон. дан. (1 файл). – Режим доступу до ресурсу: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0409\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0409(01))

⁶ Під «заявником» розуміють особу, що звернулася до національного суду держави-члена ЄС з вимогою про скасування заходу державної допомоги

⁷ Мова йде про так звану «standstill clause» – положення, що визначає зупинення будь-яких дій держави-члена ЄС із впровадження державної допомоги до прийняття рішення ЄК. Аналогічне положення міститься у частини 4 статті 9 Закону 1555-VIII

⁸ На сьогоднішній день замість вказаної статті діє стаття 108 (3) ДФЄС

- «національні правила не можуть надавати процесуальну правоздатність лише конкурентам бенефіціара. Треті особи, які не постраждали від спотворення конкуренції у наслідок надання допомоги, можуть також мати достатній законний інтерес іншого характеру (зокрема, як це визнається у податкових справах) для подання позову до національного суду» (пункт 72);
- «треті особи-платники податків можуть обґрунтовувати свою процесуальну правоздатність на підставі «положення про зупинення» лише у тому випадку, якщо податкові зобов'язання таких осіб є невід'ємною частиною незаконної державної допомоги. Така ситуація виникає якщо, відповідно до застосованих національних правил, доходи від сплати податків спрямовуються виключно на фінансування незаконної державної допомоги та мають прямий вплив на її розмір. Якщо пільги були надані зі сплати загальних податків, вказана умова, зазвичай, не виконується.

Таким чином підприємство, яке зобов'язане сплачувати такі податки, загалом не може обґрунтовувати свою позицію тим, що звільнення від сплати податків, надане іншій особі, є незаконною державною допомогою. З існуючої судової практики також випливає, що поширення незаконної державної допомоги на заявника не є відповідним засобом усунення порушення законодавства про державну допомогу. Такий захід не зменшить антиконкурентний ефект від незаконної допомоги, але, навпаки, посилить його» (пункти 74-75). Ці положення видаються однозначно вірними та повинні використовуватися АМКУ при розгляді справ щодо державної допомоги.

Висновки. З урахуванням вищенаведених основних положень законодавства ЄС про державну допомогу можна дійти наступних висновків, що мають значення для застосування судами України та АМКУ законодавства про державну допомогу:

1. Законодавство ЄС у сфері державної допомоги визначено статтями 107-109 ДФЄС, регламентами Ради ЄС та ЄК, інформаційними повідомленнями ЄК;
2. ДФЄС передбачені основні положення щодо державної допомоги, зокрема, наведене визначення допомоги, передбачені основні аспекти здійснення ЄК моніторингу та нагляду за наданням допомоги державами-членами ЄС;
3. Детальні процедури розгляду та прийняття рішень у справах щодо державної допомоги передбачені регламентами Ради ЄС та ЄК;
4. Важливе значення має положення про зупинення (standstill clause) – по-перше, дане положення обмежує можливість імплементації державної допомоги до моменту прийняття ЄК позитивного рішення, по-друге, на підставі даного положення всі заінтересовані особи безпосередньо отримують право на захист своїх прав та інтересів у зв'язку з існуванням державної допомоги;
5. Положення щодо незначної допомоги можуть застосовуватися до податкових пільг лише у тому випадку, якщо розмір податкової пільги можна поррахувати завчасно, а умови податкової пільги встановлюють граничний розмір пільги у грошовому еквіваленті;
6. Держава-член ЄС та отримувач допомоги не можуть обґрунтовувати неможливість відшкодування допомоги положеннями національного законодавства та/або, загалом, посиланнями на принцип законних очікувань;
7. З урахуванням положень Повідомлення №2009/C85/01:
 - суд є уповноваженим органом для тлумачення законодавства про державну допомогу. Суд має право визначати, чи підпадають окремі заходи під поняття схеми (програми) державної допомоги, чи є ці заходи індивідуальною державною допомогою. Також суд має повноваження визнавати державну допомогу незаконною і застосовувати відповідні наслідки. Права заявників на оскарження рішень про надання державної допомоги підтверджуються, зокрема, у рішенні ЄСС по справі Солт Юніон Лтд проти Комісії. Зокрема, ЄСС зазначив, що «особи можуть оскаржувати у національних судах рішення національних органів про надання державної допомоги конкуруючим особам, що здійснюють господарську діяльність. Якщо допомога складає частину загальної схеми допомоги, особи можуть ставити під сумнів у межах таких національних проваджень дійсність рішення Комісії про затвердження схеми. Аналогічні положення застосовуються і до позитивних індивідуальних рішень Комісії»⁹;
 - суд має право звернутися до ЄК для отримання роз'яснення стосовно застосування блокових виключень¹⁰, існуючої чи затвердженої державної допомоги. ЄК є уповноваженим органом ЄС у сфері прийняття рішень про визнання заходів державною допомогою; аналогічним органом в Україні є АМКУ;
 - заінтересованою особою є не лише особа, права чи інтереси якої порушені унаслідок спотворення конкуренції; можуть існувати й інші порушення законних прав чи інтересів особи, наприклад, як у випадку надання податкових пільг;

⁹ Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber, extended composition) of 22 October 1996. - Salt Union Ltd v Commission of the European Communities. - State aid - Refusal of the Commission to propose 'appropriate measures' pursuant to Article 93(1) of the Treaty - Action for annulment - Inadmissible. - Case T-330/94 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61994TJ0330>

¹⁰ У законодавстві України аналогічні положення щодо допустимості окремих категорій державної допомоги містяться у частині 2 статті 6 Закону 1555-VIII

– водночас, пільги зі сплати податків, що надаються певним особам, загалом не можуть бути підставою для оскарження такої державної допомоги іншими платниками податків¹. Право на оскарження таких податкових пільг може існувати лише у тому випадку, якщо податкове навантаження інших платників податків існує у прямій залежності від податкових пільг для першої категорії платників податків (наприклад, якщо податкові пільги одних компенсуються за рахунок збільшення податкового навантаження інших). Окрім того, суд не може, у якості засобу правового захисту, застосувати поширення податкової пільги на заявника, – іншими словами, не можуть бути задоволеними заяви про поширення податкової пільги на платника податку, якщо податкова пільга визнається незаконною державною допомогою².

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

Annotation.

The article is dedicated to research of legal regulation of state aid regarding tax incentives in the laws of the EU. In this article the principal criteria for recognizing the tax incentive as state aid in the EU are established, the main clarifications concerning certain procedural aspects of suspension and termination of state aid are investigated, the powers of courts in interpreting the laws on state aid and making submissions to the competent authorities are established, features of recognition of insignificant state aid in case of granting of tax incentives are investigated.

Анотація.

Стаття присвячена дослідженню стану правового закріплення державної допомоги стосовно податкових пільг у законодавстві Європейського союзу. У статті встановлюються основні критерії для визнання податкової пільги державною допомогою в ЄС, досліджуються основні роз'яснення стосовно окремих процедурних аспектів зупинення та припинення надання державної допомоги, встановлюються повноваження судів у тлумаченні законодавства про державну допомогу та зверненні до уповноваженого органу, досліджуються особливості визнання незначної державної допомоги у випадку надання податкових пільг.

References:

1. Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid Text with EEA relevance [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013R1407>
2. Commission Notice on the enforcement of State aid law by national courts No 2009/C 85/01 of 09.04.2009 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0409\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0409(01))
3. Compilation of state aid rules in force [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/index_en.html
4. Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.248.01.0009.01.ENG
5. Judgment of the Court of 21 February 1990. - Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium. - State aid - Recovery - Failure to implement. - Case C-74/89 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61989CJ0074>
6. Judgment of the General Court of 14 February 2019. - Belgium and Magnetrol International v Commission. - State aid. - Joined Cases T-131/16 and T-263/16 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210761&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2312403>
8. Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber, extended composition) of 22 October 1996. - Salt Union Ltd v Commission of the European Communities. - State aid - Refusal of the Commission to propose 'appropriate measures' pursuant to Article 93(1) of the Treaty - Action for annulment - Inadmissible. - Case T-330/94 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61994TJ0330>

¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 15 June 2006. - Air Liquide Industries Belgium SA v Ville de Seraing (C-393/04) and Province de Liège (C-41/05). - References for a preliminary ruling. - State aid. - Joined cases C-393/04 and C-41/05 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-393/04>

² У Повідомленні №2009/C85/01 ЄК зазначає, що 51% всіх рішень національних судів держав-членів ЄС у справах про державну допомогу стосувалися позовних вимог платників податків, які оскаржували податкові пільги для зменшення свого податкового навантаження (пункт 4)

9. Judgment of the Court (Second Chamber) of 15 June 2006. - Air Liquide Industries Belgium SA v Ville de Seraing (C-393/04) and Province de Liège (C-41/05). - References for a preliminary ruling. - State aid. - Joined cases C-393/04 and C-41/05 [Електронний ресурс]. - Електрон. дан. (1 файл). - Режим доступу до ресурсу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-393/04>
10. Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 28.12.2014р. № 71-VIII [Текст] / Верховна Рада України. — Офіц. вид. — К. : Офіційний вісник України, 2015. — № 3. — Стор. 18. — Стаття 46
11. Качур О.В. Налоги и налогообложение [Текст] : учебное пособие / О.В. Качур. — М.: КНОРУС, 2007. — 304 с.
12. Колосова О. Е. Поняття державної допомоги суб'єктам господарювання [Текст] / О. Е. Колосова // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. - 2014. - Вип. 27(2). - С. 7-10.
13. Лічак Д.В. Проблеми визначення поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання». [Текст] / Д. В. Лічак // Актуальні проблеми держави і права. - 2009. - Вип. 50. - С. 403-411
14. Петруненко Я. В. Поняття державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу забезпечення ефективного використання коштів [Текст] / Я. В. Петруненко // Господарське право і процес. - 2018. - №6. - С. 110-115
15. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014р. [Текст] / Міжнародний документ. - К. : Офіційний вісник України, 2014. - № 75 – Том 1 – Стор. 83 – Стаття 2125

THE CONCEPT AND CONTENT OF THE RIGHT OF THE PEOPLE TO FORM AND ADMINISTER JUSTICE

Mikhaylo Sinyobok

Key words:

justice; democracy; power; public policy; constitution; political rights; people; judiciary.

Presentation of the main material. Given the objectives of this work, it is necessary to narrow the subject of research to prepare the conceptual apparatus for consideration and argumentation, the formulation of the concept and essence of people's participation in the formation and administration of justice¹. In this regard, we analyze the theoretical approaches to the definition of such an institution in the line of constitutional law.

The basis of the idea of the right of the people to participate in public policy on the organization and functioning of the judiciary is the classical understanding of democracy as a specific form and method of organizing socio-political life, when citizens and their associations have a real opportunity to participate in the exercise of state power. on the formation and implementation of public policy.

A. Kovler aptly emphasizes that we sometimes have no idea what enormous potential the past of democracy has, and it depends on our historical vision of the problems of the present whether at least some of the traditions that have proved their worth will be restored. This ensures the transition of the best traditions of democracy from generation to generation, from era to era. In particular, the ideas of people's sovereignty, belonging to the citizens of the state of political rights and freedoms, including the right of the people to form and administer justice, were embodied in the works of S. Montesquieu, J.J. Rousseau, G. Grotius, B. Spinoza and others.

Thus, the famous Dutch lawyer and statesman Hugo Grotius proposed to understand the right of the people to form and administer justice through the prism of the concept of "justice" which he considered as an integral element of the treaty concept², manifested in the formation of state and domestic law (laws) treaty, in particular in the treatise "On the Law of the Christian Religion". The author stressed that it is with the consent of the majority of society that the judiciary is empowered to administer justice and establish justice, and the law can be applied only when everyone has the opportunity to seek justice³.

Some Dutch views on the right of the people to administer and administer justice can also be found in another Dutch philosopher, scientist, political and religious thinker, Benedict Spinoza. He who identified the sovereignty of society and the state, combining it in the concept of supreme power, which has all the features. However, this unity is based, firstly, on a single source of power - the source of sovereignty in any form of state is the people themselves, and secondly, it is implemented in the system of state bodies. However, the separation of powers is characterized as the division of labor, a simple division of functions of power, but it is not a division of power between competing states. The thinker envisioned the exercise of state power directly by the organized people (citizens of the state). Including judicial.

B. Spinoza believed that the goal of the state is ultimately the freedom of each member of society, so the most natural form of its existence, he considered democracy (power of the people)⁴. The notion of justice is defined by the thinker as the purpose of each that belongs to him under civil law, because in civil society the state ends when everyone is his own judge, and equality and freedom are ensured by submission to the decision made by a majority vote⁵.

According to V. Pogorilko, democracy is "the affiliation of all social power, including the state, to the people, the free exercise by the people of this power in accordance with its sovereign will in the interests

¹ Афанасьева С.А. Политические права и свободы в системе основных прав и свобод человека и гражданина. Права человека в международном и национальном праве. 2015. С.147.

² Букач В.В. Поняття конституційних політичних прав та свобод. Держава і право: 36. наук. праць. Юрид. і політ. науки. К.: ІДП ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. Вип. 10. с. 190.

³ Гладій С. В. Суспільство як суб'єкт легітимації судової влади. Актуальні проблеми держави і права. 2014. Вип. 74. С.303. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2014_74_46.

⁴ Гладуняк І.В. Актуальні проблеми забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики. Держава і право : 36. наук. праць / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова), І.О. Кресіна та ін. К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2007. Вип. 35. С. 676

⁵ Заворотченко Т. М. Зміст, система та види політичних прав і свобод людини й громадянина. Актуальні проблеми політики. 2014. Вип. 51. С. 342- 349. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/appol_2014_51_44.

of society as a whole and each person.” In turn, E. Kozlova and O. Kutafin emphasize that democracy is a form of state and a way of governing, when the sovereign will of the people and their specific interests are transformed into an organizational principle of power, when the solution of any state tasks or the exercise of power requires legitimation that comes from the people and has its source⁶. As a result, the essence of democracy is the initial understanding of the people as the first and at the same time the final point of legitimation of state power.

At the same time, the realities of today indicate that there are serious obstacles to the realization of the right of the people to participate in the development of state policy in terms of the organization and functioning of the judiciary.

In this regard, I. Gladunyak emphasizes: “Further alienation of society and state power in the development of public policy undermines the very foundation of democracy and democratic governance, as the mechanism of public administration (including through the mechanisms of the judiciary) begins to operate regardless of those objective needs, interests and aspirations that crystallize at the social level. ... Insufficient level of public involvement in the formation and implementation of public policy leads to a gradual acceleration of the process of delegitimization of state power, as power that does not act in the interests of society, power that does not rely on public opinion, a priori cannot be legitimate⁷.

We share O. Chub’s statement that the right to participate in the management of state affairs is fundamental among political rights. Therefore, the government, based on the political will of the citizens, is the key to establishing democratic traditions in the country⁸.

All basic human and civil rights and freedoms, notes S. Afanasyev, form a system in accordance with the spheres of activity (civil, political, economic, social and cultural), the elements of which have no clear boundaries, and their generally accepted classification is conditional. Of course, political rights are an instrument of struggle for all other rights and freedoms of man and citizen. They are a necessary condition for the realization of any rights⁹.

According to T. Zavorotchenko, in terms of rights, it is necessary to distinguish basic and derived political rights, in particular, the right to participate in the management of state affairs is a fundamental right, and suffrage, the right to equal access to civil service, justice are derivative rights¹⁰. Therefore, the researcher concludes that depending on the universality of political rights they can be divided into: a) exclusively political rights, such as the right to vote and be elected, the right to participate in a referendum, the right to equal access to public service; b) political rights, which have a mixed nature, contributing to the realization of not only the studied group of rights, but also other human and civil rights and freedoms, such as the right to appeal¹¹.

M. Kolokolov believes that “the nature of the judiciary, its source is the people. The people, the nation are at the same time an object and a specific subject, because the existence of state power and one of its components - the judiciary - outside the people, the nation is absolutely impossible. Because the people themselves, the nations themselves are its sources.¹²”

In turn, the direct participation of citizens in the management of state affairs is carried out both through their expression of will in the elections and through personal participation in the work of the judiciary.

In the opinion of S. Gladiy, one of the main tools for legitimizing power is the participation of the people in the election of its bearers. Because the mechanism of legitimation of power is to authorize the people concerned to accept the orders of power, binding on all members of a community. At the same time, the direct participation of citizens in the formation of the judiciary is an important form of public control and a mechanism for legitimizing the judiciary¹³.

S. Prylutsky notes that in the current difficult conditions of transitional economic relations and modernization of public power, the formation of an independent and effective judiciary in Ukraine cannot take place without the direct participation of society. Thus, the path to the emergence of civil society in Ukraine should pass through

⁶ Ковлер А.И. Исторические формы демократии: проблемы политико-правовой теории. М.: Наука, 1990. с. 32.

⁷ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право Российской Федерации. Москва: Юристъ, 1995. с. 86.

⁸ Колоколов, Н. А. О праве, суде и правосудии: Избранное [Текст]. М. : Юнити-Дана : Закон и право, 2006. с. 104–106.

⁹ Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. Київ: Наук. думка, 2003. с. 286.

¹⁰ Окладна М. Г. Бенедикт Спіноза: державно-правова концепція. Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2015. Вип. 29. С. 103-115. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/dbms_2015_29_12.c.112

¹¹ Прилуцький С.В. Вступ до теорії судової влади: суспільство, правосуддя, держава : [монографія]. К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. с. 118.

¹² Спиноза Б. Избранные произведения в 2-х томах. Т. 1. / ред. В. Покровская. Москва: Госполитиздат, 1957. 619 с. URL: http://sbiblio.com/biblio/archive/spinosa_polit/ (дата звернення: 26.06.2019).

¹³ Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням державного зовнішньоекономічного підприємства «Славутич-Сталь» щодо тлумачення статті 124 Конституції України і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 11 жовтня 1997 р. № 44-з. – : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/vz44u710-97>.

the direct participation of citizens in the formation of the judiciary, which will also guarantee the independence of judges from the pressure of the legislature and executive, as well as a form of direct responsibility to society¹.

Citizens' participation in the exercise of public power is a manifestation of public control over the activities of officials and government officials.² However, full participation, according to K. Paitman, occurs only when individuals, being at the center of decision-making, "are endowed with equal opportunities to determine the final solution."³

Thus, the principle of election of a judge is one of the foundations of democratic justice, which enables the people to exercise their sovereign power in the state in the formation of the judiciary. The election of a court determines not only the right to elect it, but also to control it by the people. That is, his accountability to voters who have chosen the court, which in turn is a guarantee of conscientious performance of duties by a judge. In essence, the principle of election is one of the fundamental principles for the organization and operation of the judiciary.

Annotation.

The article is devoted to the analysis of the main provisions and problems of the formation and administration of judges. The main principles of the election of judges to their positions and the involvement of public control to monitor the conscientious activities of officials and civil servants have been identified. The way people participate in the formation and development of state policy in terms of organization and functioning of the judiciary is considered. The cases of the judiciary and the government in general, when civil servants exceed their powers, which ultimately leads to an accelerated process of delegitimization of state power, as power that does not act in the interests of society, power that does not rely on public opinion, a priori not may be legitimate. Therefore, the participation of citizens in the exercise of public power is a manifestation of public control over the activities of officials and civil servants.

References:

1. Афанасьева С.А. Политические права и свободы в системе основных прав и свобод человека и гражданина. Права человека в международном и национальном праве. 2015. С.147.
2. Букач В.В. Поняття конституційних політичних прав та свобод. Держава і право: 36. наук. праць. Юрид. і політ. науки. К.: ІДП ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. Вип. 10. с. 190.
3. Гладій С. В. Суспільство як суб'єкт легітимації судової влади. Актуальні проблеми держави і права. 2014. Вип. 74. С.303. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2014_74_46.
4. Гладунок І.В. Актуальні проблеми забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики. Держава і право : зб. наук. праць / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова), І.О. Кресіна та ін. К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2007. Вип. 35. С. 676.
5. Заворотченко Т. М. Зміст, система та види політичних прав і свобод людини й громадянина. Актуальні проблеми політики. 2014. Вип. 51. С. 342- 349. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ appol_2014_51_44.
6. Ковлер А.И. Исторические формы демократии: проблемы политико-правовой теории. М.: Наука, 1990. с. 32.
7. Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право Российской Федерации. Москва: Юристъ, 1995. с. 86.
8. Колоколов, Н. А. О праве, суде и правосудии: Избранное [Текст]. М. : Юнити-Дана : Закон и право, 2006. с. 104–106.
9. Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. Київ: Наук. думка, 2003. с. 286.
10. Окладна М. Г. Бенедикт Спіноза: державно-правова концепція. Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2015. Вип. 29. С. 103-115. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/dbms_2015_29_12.c.112
11. Прилуцький С.В. Вступ до теорії судової влади: суспільство, правосуддя, держава : [монографія]. К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. с. 118.
12. Спиноза Б. Избранные произведения в 2-х томах. Т. 1. / ред. В. Покровская. Москва: Госполитиздат, 1957. 619 с. URL: http://sbiblio.com/biblio/archive/spinosa_polit/ (дата звернення: 26.06.2019).
13. Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням державного зовнішньоекономічного підприємства «Славутич-Сталь» щодо тлумачення

¹ Чуб О. О. Конституційне право громадян України на участь в управлінні державними справами : монографія; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків : Одиссей, 2005. с.47-48.

² Grotius Hugo. De veritate religionis christianae. 1640. URL: http://data.bnf.fr/11985485/hugo_grotius/ (дата звернення: 25.06.2019).]

³ Stoker G. Governance as theory: five propositions. International Social Science Journal [Electronic resource]. 1998. Vol. 50, iss. 155. March.

чення статті 124 Конституції України і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 11 жовтня 1997 р. № 44-з. – : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/vz44u710-97>.

14. Чуб О. О. Конституційне право громадян України на участь в управлінні державними справами : монографія; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків : Одіссей, 2005. с.47-48.

15. Grotius Hugo. De veritate religionis christianae. 1640. URL: http://data.bnf.fr/11985485/hugo_grotius/ (дата звернення: 25.06.2019).]

16. Stoker G. Governance as theory: five propositions. International Social Science Journal [Electronic resource]. 1998. Vol. 50, iss. 155. March.

THE CONCEPT OF GENDER-LEGAL EXPERTISE: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

Поняття гендерно-правової експертизи: порівняльно правовий аналіз

Liudmyla Sirko

Key words:

gender equality, parity democracy, gender-legal expertise, anti-discrimination expertise, legal expertise, rule-making.

Ключові слова:

гендерна рівність, паритетна демократія, гендерно-правова експертиза, антидискримінаційна експертиза, правова експертиза, нормотворчість.

Постановка проблеми. Євроінтеграційні процеси в Україні та зобов'язання, які взяла на себе наша держава перед міжнародною спільнотою активізували реформи і, як наслідок, процеси удосконалення національного законодавства, прийняття нових нормативно-правових актів та зміну урядових процедур нормотворення. Одним з ключових питань під час проходження таких процесів є проведення гендерно-правової експертизи, оскільки саме від якісного виконання останньої залежить дотримання паритетної демократії в державі та запобігання дискримінації.

Виконуючи законодавчо визначені приписи, суб'єкти нормотворчої діяльності нерідко опиняються в ситуаціях, коли їх власних знань недостатньо для захисту прав і законних інтересів, забезпечення гендерної рівності та недопущення дискримінації на рівні нормативно-правових актів тощо. Тому законодавство в імперативній формі визначає, хто саме має право та хто зобов'язаний провести гендерно-правову експертизу.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Ті чи інші питання гендерно-правової експертизи в різних аспектах досліджували такі вітчизняні та зарубіжні вчені: Н. Болотіна, О. Вороніна, І. Грицай, Н. Грицяк, О. Дашковська, С. Кабишев, Л. Кобелянська, О. Короткова, К. Левченко, Т. Мельник, Л. Наливайко, В. Нестерович, А. Олійник, Н. Оніщенко, Е. Плісовська, Г. Рибікова, О. Руднева, С. Рябошапка, Ю. Савченко, М. Тарасова, Т. Татішвілі, О. Тодорова, О. Уварова, Н. Чермошенцева, В. Федоренко, Г. Христова та ін. Однак в Україні ще бракує фахових досліджень гендерно-правової експертизи з метою забезпечення гендерної рівності.

Метою статті є здійснити теоретико-правовий аналіз та запропонувати визначення поняття гендерно-правової експертизи, розкрити її співвідношення з поняттям «антидискримінаційна експертиза».

Виклад основного матеріалу. З наукової точки зору потребують дослідження такі елементи, як поняття, ознаки гендерно-правової експертизи та співвідношення її з суміжними категоріями, зокрема, антидискримінаційною експертизою. Це є запорукою здійснення професійної гендерно-правової експертизи фахівцями. Розбудова українського суспільства на засадах рівності, у тому числі і за ознакою статі, базується на конституційному закріпленні гендерного паритету та розумінні того, що на сьогодні рівність – це вже не розкіш.

Досліджуючи досвід різних країн щодо здійснення гендерно-правової експертизи, законодавство та методичні рекомендації зарубіжних країн, вбачається, що термін гендерно-правова експертиза в практично кожній країні називається по-різному: «оцінка гендерного впливу», «гендерний тест», «гендерний аналіз», «гендерна експертиза», «комплексний гендерний підхід» тощо.

Європейська комісія визначає «гендерний аналіз» як вивчення відмінностей в умовах, потребах, рівнях участі, доступу до ресурсів і розвитку, контролі над активами, повноваженнями щодо ухвалення рішень тощо, між жінками й чоловіками та відмінностей у закріплених за ними гендерними ролями¹.

Гендерний аналіз включає збір та аналіз даних, розділених за статтю, з метою виявлення будь-якого різного впливу на дії жінок та чоловіків, а також впливу гендерних ролей та обов'язків обох статей. Він також включає якісні аналізи, які допомагають уточнити, як і чому виникли такі різні ролі, та визначають відповідальність та вплив².

¹ Законы, работающие на благо мужчин и женщин: пособие по учету гендерной проблематики в законодательстве. URL: <https://www.osce.org/ru/odihr/342566?download=true>

² Gender Impact Assessment: Gender Mainstreaming Toolkit. URL: <https://www.osce.org/gender/26397?download=true>

Оцінка гендерного впливу – це вивчення законодавства на предмет різного впливу на жінок і чоловіків із метою протидії дискримінації та просування гендерної рівності³. Так, у Фінляндській республіці саме така офіційна назва гендерно-правової експертизи законодавства та означає, що наслідки законодавства для жінок і чоловіків заздалегідь аналізуються, таким чином, можливість прямої чи опосередкованої дискримінації будь-якої статі попереджається⁴.

Гендерний прогноз впливу (Gender Impact Assessment) – це процес порівняння і оцінювання, відповідно до гендерних критеріїв, поточної ситуації та тенденцій розвитку, у результаті запровадження запропонованої політики.

Так, гендерна експертиза – моніторинг і суспільно-правовий аналіз національного законодавства, а також оцінка проєктів нормативних правових актів на предмет дотримання в них рівності можливостей, прав, обов'язків, відповідальності, рівних партнерських відносин і рівності результату для жінок і чоловіків, недопущення гендерної дискримінації⁵. А згідно з постановою уряду Киргизької Республіки, гендерна експертиза – діяльність експерта, спрямована на дослідження положень проєкту підзаконного акта на предмет його відповідності проголошеним у суспільстві принципам гендерної рівності, законодавству Киргизької Республіки, нормам, відповідно до міжнародних договорів у сфері гендерної рівності, стороною яких є Киргизька Республіка⁶. Сьогодні, у Киргизькій Республіці є два чинних визначення гендерної експертизи.

Вперше на законодавчому рівні поняття гендерно-правової експертизи було визначено у ст. 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків». Гендерно-правова експертиза – це аналіз чинного законодавства, проєктів нормативно-правових актів, результатом якого є надання висновку щодо їх відповідності принципу забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків. Ст. 4 вищезазначеного закону регламентовано, що чинне законодавство підлягає гендерно-правовій експертизі⁷. Акцентуємо увагу на тому, що з 2005 р. до вказаного визначення поняття зміни не вносилися, хоча зміни у законодавстві відбувалися.

Наразі в українській та зарубіжній юридичній літературі існують наступні наукові визначення поняття гендерно-правової експертизи. Так, І. Грицай визначає гендерно-правову експертизу як невід'ємну частину правового аналізу нормативних актів, що спрямована на забезпечення рівних прав і можливостей чоловіків та жінок і полягає у встановленні наявності дискримінаційних за ознакою статі правових норм чи таких норм, що можуть призвести до обмеження чи переваги однієї статі над іншою у майбутньому⁸. Т. Мельник вважає, що гендерна експертиза українського законодавства передбачає виявлення та вилучення всіх прикладів гендерної дискримінації з чинного законодавства, гарантування законодавчими засобами адекватного правового захисту людей від дискримінації за ознакою статі як явної, так і прихованої⁹. В. Ієрусалимов та Я. Юрчишин визначають гендерно-правову експертизу як аналіз чинного законодавства, проєктів нормативно-правових актів, результатом якого є надання висновку щодо їх відповідності принципу забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків¹⁰. І. Лаврінчук розуміє під гендерно-правовою експертизою сукупність прийомів і правил процесу збору достовірної інформації з урахуванням гендерних відмінностей у різних сферах суспільного буття, що визначають потенційні наслідки його впровадження для чоловіків і жінок. Гендерна експертиза визначає дослідницький підхід (сукупність методів розгляду об'єкта та його впливу на реальні явища), об'єктивно необхідний при побудові законодавчих положень, складовою творення права¹¹. Ю. Савченко наголошує, що гендерно-правова експерти-

³ European Commission. Toolkit on Mainstreaming Gender Equality in EC Development Cooperation: Glossary of gender and development terms. URL: <http://www.focusintl.com/GD172-%20Toolkit%20on%20Mainstreaming%20Gender%20Equality%20in%20EC%20Development%20Cooperation.pdf>

⁴ Exchange of good practices on gender equality/ Gender impact assessment in law drafting. URL: http://ec.europa.eu/justice/genderequality/files/exchange_of_good_practices_at/fi_discussion_paper_at_2014_en.pdf

⁵ О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей для мужчин и женщин: Закон Кыргызской Республики от 4 августа 2008 г. № 184. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202398>

⁶ Об утверждении Инструкции о порядке проведения правовой, правозащитной, гендерной, экологической, антикоррупционной экспертиз проектов подзаконных актов Кыргызской Республики: Постановление Правительства Кыргызской Республики от 8 декабря 2010 г. № 319. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/properties/ru-ru/92342/10>

⁷ Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 08 вересня 2005 року (зі змінами і допов.). Відомості Верховної Ради України. 2005. № 52. Ст. 561

⁸ Грицай І.О. Принцип гендерної рівності та механізм його забезпечення: теоретико-правовий аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Дніпро, 2018. 40 с.

⁹ Гендерні перетворення в Україні / Мельник Т. М. та ін.; за ред. М. Скорик. Київ: ТОВ «АДЕФ-Україна», 2007. С. 70.

¹⁰ Ієрусалимов В., Юрчишин Я. Пропозиції до політики щодо забезпечення гендерної рівності у Верховній Раді України. 2017. URL: https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/10/Propozicii_Politiki_Gendernoi_Rivnosti.pdf

¹¹ Впровадження гендерних підходів у роботу комітетів Верховної Ради України: практ. посіб. О. В. Зайчук та ін.; за ред. О. В. Зайчука. Київ. К.І.С., 2005. С. 68

за – це аналіз, який обов'язково передбачає вивчення проєктів та чинних нормативно-правових актів, встановлення рівня відповідності, прогалин, суперечностей норм, які існують і при реальних потребах¹. П. Соловйов тлумачить гендерно-правову експертизу нормативно-правових актів як діяльність спеціально уповноваженого державного органу або іншого суб'єкта, якому доручено здійснення такої діяльності, щодо оцінки нормативно-правового акта або його проєкту на предмет відповідності принципу гендерної рівності, принципу забезпечення рівних прав та можливостей чоловіків та жінок². С. Хорд визначає, що гендерна експертиза – це «феміністичні знання щодо причинно-наслідкових зв'язків між політикою, діями та/або діяльністю та гендерною нерівністю»³. Плюралізм визначень поняття «гендерно-правова експертиза» у юридичній науці демонструє неоднозначне розуміння змісту останньої.

Підсумовуючи, пропонуємо визначення дефініції гендерно-правова експертизи – це вид професійного аналізу спрямованого на визначення відповідності діючих актів національного законодавства, а також їх проєктів, приписам міжнародного законодавства щодо забезпечення рівних прав і свобод чоловіків та жінок, виявлення та усунення дискримінаційних положень за ознакою статі.

Окремим аспектом у механізмі реалізації гендерної рівності є гендерна та антидискримінаційна експертиза проєктів нормативних актів, які є не просто аналізом прав жінок, а дослідженнями умов забезпечення гендерного паритету. Сьогодні ці види експертиз проводяться паралельно, але різними органами⁴.

Вперше поняття антидискримінаційної експертизи було визначено Законом України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». Так, антидискримінаційна експертиза – аналіз проєктів нормативно-правових актів, за результатами якого надається висновок щодо їх відповідності принципу недискримінації⁵.

Процедура здійснення антидискримінаційної експертизи врегульована Постановою Кабінету Міністрів України від 30 січня 2013 р. № 61 «Питання проведення антидискримінаційної експертизи та громадської антидискримінаційної експертизи проєктів нормативно-правових актів». Відповідно до вищезазначеної постанови така експертиза проводиться Мін'юстом під час проведення правової експертизи проєктів актів, які вносяться на розгляд Кабінету Міністрів України органами виконавчої влади та органом виконавчої влади під час підготовки проєктів нормативно-правових актів, які підлягають державній реєстрації.

Відповідно до п. 3 Порядку проведення органами виконавчої влади антидискримінаційної експертизи проєктів нормативно-правових актів, відповідна експертиза проводиться юридичною службою органу-розробника⁶. Тобто антидискримінаційна експертиза здійснюється безпосередньо розробником, його структурним підрозділом, та не може, відтак, вважатись незалежною та незаангажованою. Вона не може вважатись експертизою як такою, оскільки експертизою є вивчення певного питання, явища або предмету незалежним спеціалістом, який має підтвердженні знання предмету, із наданням вичерпного висновку з питань, які були поставлені перед початком проведення такої експертизи⁷.

Вадами зазначеного Порядку є те, що антидискримінаційна експертиза є не формою нагляду, але натомість формою самоконтролю за дотриманням заборони дискримінації. Тому цей Порядок на практиці є недовірним і зводиться до ускладнення документообігу всередині органів державної влади⁸.

Антидискримінаційна експертиза, як і гендерно-правова, може бути громадською, однак на відміну від гендерно-правової експертизи, порядок проведення антидискримінаційної громадської експертизи визначено Постановою Кабінету Міністрів України від 03 листопада 2010 р. № 996 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» у формі консультацій з громадськістю. Автор вважає, що такий порядок є перевагою у системі процесуального врегулювання відмінностей такої експертизи. Такі консультації є обов'язковими для врахування в роботі розробником проєкту нормативно-правового акта.

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити наступне.

¹ Савченко Ю. С. Гендерно-правова експертиза: поняття та загальна характеристика. *Юридична наука*. 2012. № 5. С. 29-35

² Соловьёв П. В. Гендерно-правовая экспертиза нормативных правовых актов как элемент нормотворческого процесса и способ защиты конституционных прав граждан в Республике Беларусь. *Вестник Полоцкого государственного университета: Серия D, Экономические и юридические науки*. 2018. № 6. С. 199.

³ Hoard S. *Gender expertise in public policy: Towards a theory of policy success*, Basingstoke and New York: Springer, 2015.

⁴ Боброва Ю. Ю. Сучасне бачення реалізації гендерної рівності: проблеми теорії та судової практики. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. № 2(27). URL: http://www.pjv.nuoua.od.ua/v2_2019/3.pdf

⁵ Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06 грудня 2012 року (зі змінами і допов.) *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 32. Ст. 412

⁶ Питання проведення антидискримінаційної експертизи та громадської антидискримінаційної експертизи проєктів нормативно-правових актів: Постанова Кабінету Міністрів України від 30 січня 2013 р. № 61. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/61-2013-p>

⁷ Кувітанова Ю. І. Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України: загальнотеоретична характеристика: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2018. С. 211.

⁸ Равлінко З. П. Заборона дискримінації: загальнотеоретичне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2016. С. 152.

1. Гендерно-правова експертиза є гарантією забезпечення рівних прав та обов'язків представників обох статей та є одним із головних важелів у процесі реформування національного законодавства та приведення його у відповідність до міжнародних норм та права Європейського Союзу. Якісне здійснення гендерно-правової експертизи саме експертами зумовлено необхідністю підвищення якісного рівня національної законодавчої бази та нормативно-правових актів, які підлягають державній реєстрації. Метою такої експертизи є забезпечення ефективності прийнятих законів та нормативно-правових актів та стимулювання суспільства до дотримання рівних прав, обов'язків та можливостей чоловіків та жінок.
2. Плюралізм визначень поняття «гендерно-правова експертиза» у юридичній науці демонструє неоднозначне розуміння змісту останньої. Пропонуємо внести зміни до абз. 19 ст. 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» виклавши його наступним чином: «Гендерно-правова експертиза – це вид професійного аналізу спрямованого на визначення відповідності чинних актів національного законодавства, а також їх проєктів, приписам міжнародного законодавства щодо забезпечення рівних прав і свобод чоловіків та жінок, виявлення та усунення дискримінаційних положень за ознакою статі».
3. Ознаками гендерно-правової експертизи є: 1) правова регламентованість; 2) наявність суб'єкта та об'єкта експертизи (суб'єкт: розробник, органи державної реєстрації, громадські об'єднання, фізичні та юридичні особи; об'єкт: проєкт нормативно-правового акту, акт діючого законодавства); 3) класифікація за системою обґрунтованих критеріїв на види: а) за суб'єктом проведення на: попередню гендерно-правову експертизу, первинну гендерно-правову експертизу та гендерно-правову експертизу діючих законодавчих актів; б) за правовими наслідками експертизи на: обов'язкову та добровільну; в) за кількісною характеристикою суб'єктного складу таку експертизу поділяють на: одноособову та колегіальну експертизу; 4) дотримання рівних прав та свобод людини та громадянина незалежно від статі та ліквідацію гендерної дискримінації; 5) оформлення результатів у спеціальному документі – висновку.
4. Гендерно-правова та антидискримінаційна експертизи є обов'язковими складовими правової експертизи проєктів нормативно-правових актів, без здійснення яких неможливо провести повний аналіз проєкту нормативно-правового акта та зробити якісний висновок про доцільність такого акта та його вплив на права людини та громадянина в цілому.

Annotation.

The article considers and analyzes approaches to understanding the concept of “gender-legal expertise” in national and foreign legislation; taking this into account, as well as other research in this area, there has been given the author's understanding of the concept of “gender-legal expertise”, which is proposed to reflect in Paragraph 19, Article 1 of the Law of Ukraine “On Ensuring Equal Rights and Opportunities for Women and Men”, the features of this phenomenon have been highlighted. It is emphasized that in the development of legislation gender mainstreaming plays a significant role in the process of establishing parity democracy and achieving the goal of the state – the elimination of gender discrimination. The purpose of such expertise is to ensure the effectiveness of adopted laws and other regulations and to encourage society to respect the equal rights, responsibilities and opportunities of men and women.

It is noted that gender-legal and anti-discrimination expertise is mandatory elements of legal expertise of draft regulations. Anti-discrimination expertise, like gender-legal expertise, can be public, but unlike gender-legal expertise, the procedure for conducting anti-discriminatory public expertise is defined by current legislation in the form of public consultations, which are mandatory for the developer of the draft regulatory act.

Анотація.

У статті розглянуто та проаналізовано підходи до розуміння поняття «гендерно-правова експертиза» у національному та зарубіжному законодавстві; враховуючи це, а також інші дослідження у цій сфері, запропоновано авторське розуміння поняття «гендерно-правова експертиза», яке запропоновано відобразити у абз. 19 ст. 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», виокремлено ознаки цього явища. Наголошено, що врахування гендерного аспекту при розробці законодавчого акта відіграє значну роль у процесі становлення паритетної демократії та досягнення мети держави – викоренення гендерної дискримінації. Метою такої експертизи є забезпечення ефективності прийнятих законів та інших нормативно-правових актів та стимулювання суспільства до дотримання рівних прав, обов'язків та можливостей чоловіків та жінок.

Відзначено, що гендерно-правова та антидискримінаційна експертизи є обов'язковими елементами правової експертизи проєктів нормативно-правових актів. Антидискримінаційна експертиза, як і гендерно-правова, може бути громадською, однак на відміну від гендерно-правової експертизи, порядок проведення антидискримінаційної громадської експертизи визначено чинним законодавством у формі консультацій з громадськістю, які є обов'язковими для врахування в роботі розробником проєкту нормативно-правового акта.

References:

1. Законы, работающие на благо мужчин и женщин: пособие по учету гендерной проблематики в законодательстве. URL: <https://www.osce.org/ru/odihr/342566?download=true>
2. Gender Impact Assessment: Gender Mainstreaming Toolkit. URL: <https://www.osce.org/gender/26397?download=true>
3. European Commission. Toolkit on Mainstreaming Gender Equality in EC Development Cooperation: Glossary of gender and development terms. URL: <http://www.focusintl.com/GD172-%20Toolkit%20on%20Mainstreaming%20Gender%20Equality%20in%20EC%20Development%20Cooperation.pdf>
4. Exchange of good practices on gender equality/ Gender impact assessment in law drafting. URL: http://ec.europa.eu/justice/genderequality/files/exchange_of_good_practices_at/fi_discussion_paper_at_2014_en.pdf
5. О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей для мужчин и женщин: Закон Кыргызской Республики от 4 августа 2008 г. № 184. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202398>
6. Об утверждении Инструкции о порядке проведения правовой, правозащитной, гендерной, экологической, антикоррупционной экспертиз проектов подзаконных актов Кыргызской Республики: Постановление Правительства Кыргызской Республики от 8 декабря 2010 г. № 319. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/properties/ru-ru/92342/10>
7. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 08 вересня 2005 р. (зі змінами і допов.). *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 52. Ст. 561.
8. Грицай І.О. Принцип гендерної рівності та механізм його забезпечення: теоретико-правовий аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Дніпро, 2018. 40 с.
9. Гендерні перетворення в Україні / Мельник Т. М. та ін.; за ред. М. Скорик. Київ: АДЕФ-Україна, 2007. 165 с.
10. Ієрусалимов В., Юрчишин Я. Пропозиції до політики щодо забезпечення гендерної рівності у Верховній Раді України. 2017. URL: https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/10/Propozicii_Politiki_Gendernoi_Rivnosti.pdf
11. Впровадження гендерних підходів у роботу комітетів Верховної Ради України: практ. посіб. О. В. Зайчук та ін.; за ред. О. В. Зайчука. Київ. К.І.С., 2005. 186 с.
12. Савченко Ю. С. Гендерно-правова експертиза: поняття та загальна характеристика. *Юридична наука*. 2012. № 5. С. 29-35.
13. Соловьёв П. В. Гендерно-правовая экспертиза нормативных правовых актов как элемент нормотворческого процесса и способ защиты конституционных прав граждан в Республике Беларусь. *Вестник Полоцкого государственного университета: Серия D, Экономические и юридические науки*. 2018. № 6. С. 193-199.
14. Hoard S. Gender expertise in public policy: Towards a theory of policy success, Basingstoke and New York: Springer, 2015.
15. Боброва Ю. Ю. Сучасне бачення реалізації гендерної рівності: проблеми теорії та судової практики. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. № 2 (27). URL: http://www.pjv.nuoua.od.ua/v2_2019/3.pdf
16. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06 грудня 2012 року (зі змінами і допов.) *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 32. Ст. 412.
17. Питання проведення антидискримінаційної експертизи та громадської антидискримінаційної експертизи проектів нормативно-правових актів: Постанова Кабінету Міністрів України від 30 січня 2013 р. № 61. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/61-2013-p>
18. Кувітанова Ю. І. Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України: загальнотеоретична характеристика: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2018. 285 с.
19. Равлінко З. П. Заборона дискримінації: загальнотеоретичне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2016. 201 с.

Liudmyla Sirko,

Postgraduate student of the Department of General Law Disciplines of Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs

PROBLEMS OF LEGISLATIVE DEFINITION OF THE TERM «MEDICAL WORKER» AND ITS LEGAL STATUS

Проблеми законодавчого визначення терміну «медичний працівник» та його правового статусу

Olha Skochilyas-Pavliv, Khristina Shchur

Key words:

medical worker, doctor, medical institution, protection of law, legal status.

Ключові слова:

медичний працівник, лікар, медичний заклад, захист права, правовий статус.

Постановка проблеми. В наш час постіндустріального суспільства на початку XXI століття, людство як ніколи раніше почало усвідомлювати соціальну цінність життя, а право на життя вважає одним з найважливіших і найцінніших з-поміж усіх інших особистих немайнових прав і свобод сучасної людини. Більше того життя людини, як ніколи раніше, перебуває в центрі уваги держави та її інституцій. Право на життя у нашій державі закріплено у статті 27 Основного Закону держави – Конституції України, де вказується що кожна людина має невід'ємне право на життя¹.

Зрозуміло, що для того, аби громадяни могли у повній мірі використовувати дане право, державі необхідно забезпечити відповідний рівень системи охорони здоров'я. Роль та значення медичних працівників у наданні медичної допомоги переоцінити неможливо. Якби декларації чи навіть реальні правові положення держава не передбачала у своєму законодавстві, без практичної реалізації цих положень на практиці, їх значення є мінімальним. Без реальної праці з надання медичної допомоги хворим, державні гарантії є лише популізмом, тому дослідження місця та ролі медичних працівників в системі охорони здоров'я має важливе значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На сьогоднішній день досить часто говорять про права пацієнтів, проте принципи справедливості та недискримінації створюють необхідність розглянути також і права медичних працівників. При дослідженні цієї теми теоретичною базою стали роботи науковців, які так чи інакше були дотичні до неї, а саме Авраменко Н., Ангелуца П., Беденко-Зваридчук О., Гомон Д., Денгисова А., Дейниховська К., Матвієнко Ю., Стеценко В., Стеценко С., Тарасевич Т., Франчук В., Щукін О. та інші.

Виклад основного матеріалу. Незважаючи на теоретичне та практичне значення змісту поняття «медичний працівник», чинне законодавство України і, зокрема, основний закон в даній сфері – Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»², визначення змісту даного поняття не містить. Хоча зрозуміло, що покладання на людину важливих обов'язків з охорони здоров'я інших людей, тобто пацієнтів, та можливість застосування санкцій за невиконання покладених обов'язків, зокрема встановлених у ряді статей Кримінального кодексу України, вимагають законодавчо визначити зміст поняття «медичний працівник».

Питання правового статусу медичних працівників досліджував свого часу український науковець О. С. Щукін, який у своєму дисертаційному дослідженні «Правовий статус медичних працівників за трудовим законодавством України» дав наступне визначення даного поняття. На його думку, медичний працівник – це фізична особа (громадянин України чи іноземний громадянин), яка здобула вищу, середню медичну або фармацевтичну освіту та пройшла подальшу спеціальну підготовку або перепідготовку, відповідає єдиним кваліфікаційним вимогам, що підтверджується чинними документами (сертифікатом спеціаліста), прийняла на себе етичні зобов'язання знати й виконувати вимоги медичної деонтології та уклала трудовий договір із ліцензованою медичною установою на здійснення медичної діяльності. Особа наділяється статусом медичного працівника, якщо вона фактично виконує професійні обов'язки за відповідною медичною спеціальністю³.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. С. 141.

² Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року № 2801-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 4. С. 19.

³ Щукін О. С. Правовий статус медичних працівників за трудовим законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05. Одеса, 2005. С. 17.

Аналізуючи вище цитоване визначення, хотілося б зазначити, що воно дане щодо медичних працівників України, адже сама робота, в межах якої досліджувалося це питання, стосувалася правового статусу медичних працівників за трудовим законодавством України. О. С. Щукін досліджував правовий статус медичних працівників не в межах медичного, а в межах трудового права нашої держави. Хоча, як нам видається, поняття медичний працівник – це поняття, яке, в першу чергу, має застосовуватися у правовідносинах щодо надання медичної допомоги, тобто в правовідносинах «медичний працівник – пацієнт». Щодо трудового законодавства, то медичний працівник в межах трудового права хоч і має спеціальний статус, проте, власне, він у будь-якому випадку залишається працівником, а тому особливо акцентувати на тому, що він є медичним працівником у межах трудових відносин не завжди доцільно.

Беручи за основу визначення О. С. Щукіна, спробуємо висловити свої окремі думки щодо даного поняття. Якщо давати визначення поняттю «медичний працівник» безвідносно до законодавства нашої держави, а намагатися знайти більш спільні ознаки для медичних працівників різних держав, то на нашу думку, хотілося б звернути увагу на наступне.

У будь-якому випадку, незважаючи на те, в якій державі працює медичний працівник і законодавству якої держави він підпорядковується, він завжди буде фізичною особою. Щодо громадянства медичного працівника, то в залежності від законодавства конкретної держави, він може бути або громадянином цієї держави, або іноземним громадянином. Проте, не виключений такий випадок, коли медичний працівник може бути і апатридом, якщо законодавство держави, у якій він здійснює свою професійну діяльність це дозволяє.

Щодо конкретизації освіти медичного працівника: вища, середня, медична фармацевтична, то на нашу думку, у визначенні необхідно просто вказати, що медичний працівник має відповідну освіту, яка чинним законодавством вимагається як обов'язкова для тієї медичної діяльності, яку він здійснюватиме, або освіту, яка задовольняє і більш високі вимоги, ніж ті, що вимагаються згідно його посади.

Відносно нещодавно в Україні відбулася, крім медичної, і освітня реформа, яка зачепила в тому числі і освітньо-кваліфікаційні рівні вищої освіти. Як відомо, за Радянського Союзу для випускників вузів кваліфікаційно-освітнім рівнем вищої освіти був рівень «спеціаліст». Потім, рухаючись в напрямку євроінтеграції та виконуючи вимоги Болонського процесу, в Україні був запроваджений рівень «магістр». На даний час особи, які мають освітньо-кваліфікаційний рівень «спеціаліст», згідно Закону України «Про вищу освіту», прирівнюються до тих, які мають освітньо-кваліфікаційний рівень «магістр». Виходячи з цього, в медичному законодавстві достатньо вказувати вимогу, щоб особа мала відповідний рівень освіти. Вимога щодо рівня освіти міститься в законодавстві про освіту. Саме тому недоцільно у медичному законодавстві зачіпати ті питання, які є предметом регулювання освітнього законодавства.

Щодо подальшої спеціальної підготовки або перепідготовки медичного працівника, то зрозуміло, що медичні працівники в силу своєї професійної діяльності таку підготовку чи перепідготовку проходять. Проте, знову ж таки, на нашу думку, акцентувати увагу саме на підготовці чи перепідготовці не потрібно. У визначенні поняття медичний працівник потрібно просто вказати, що дана особа, крім того, що здобула освіту, має також відповідати і іншим професійним критеріям – за українською термінологією в цій сфері «кваліфікаційним вимогам», про які власне говорить О. С. Щукін.

Варто відзначити, що зміст поняття «медичний працівник» більшою мірою аналізується науковцями в сфері кримінального права, адже медичні працівники за вчинення ряду суспільно небезпечних діянь притягуються до кримінальної відповідальності, і як наслідок, виникає чисто практична потреба розуміти зміст даного поняття. І тут доцільно звернути увагу саме на роботи науковців-криміналістів.

Загалом такий стан справ, ми вважаємо, абсолютно невірним, адже процес має дещо зворотній характер – не вчені з адміністративного, цивільного, медичного права визначають зміст даного поняття, яким в результаті мають керуватися в кримінальному процесі, а навпаки, дослідники-криміналісти, посадові та службові особи, що застосовують закон на практиці, а ними є слідчі, прокурори, судді визначають зміст даного поняття. До такого висновку ми прийшли, проаналізувавши ряд наукових статей та інших робіт, де досліджується поняття «медичний працівник» в контексті суб'єкта медичних кримінальних правопорушень.

Зрозуміло, що найбільш правильним був би варіант, коли зміст поняття «медичний працівник» визначається не вченими з адміністративного, цивільного, медичного чи навіть кримінального права, а чинним законодавством України. Проте, на жаль, законодавець такого визначення не дає. Щодо того, де має міститися дане визначення, то воно, на нашу думку, повинно міститися в законодавстві про охорону здоров'я, зокрема, в Основах законодавства України про охорону здоров'я, адже в першу чергу медичний працівник є суб'єктом надання медичних послуг і його діяльність регулюється медичним законодавством. Первинним саме є регулятивне законодавство, а не охоронне кримінальне законодавство.

Провівши аналіз чинного законодавства у сфері охорони здоров'я, Т. Ю. Тарасевич зазначила, що медичний працівник як суб'єкт злочинного ненадання допомоги хворому повинен характеризуватися такими додатковими спеціальними ознаками: 1) відповідність кваліфікаційним вимогам; 2) наявність докумен-

та, який надає право займатися медичною діяльністю в Україні; 3) виконання професійних обов'язків щодо надання медичної допомоги пацієнтам¹.

Отже, в контексті притягнення особи до кримінальної відповідальності, під медичним працівником розуміють лише осіб, які отримали спеціальну медичну підготовку у відповідних вищих чи інших навчальних закладах освіти та допущені до практичного заняття медичною практикою, про що ми, власне, вже зазначали вище. До них відносять лікарів, фельдшерів, акушерок, медсестер та ін. Не є медичними працівниками – суб'єктами кримінальних правопорушень, працівники, які хоча працюють в сфері охорони здоров'я, проте виконують інші функції, не пов'язані із здійсненням медичної діяльності. Не є медичним працівником, зокрема, медичний реєстратор, дезінфектор, молодша медична сестра з догляду за хворими та інші працівники, які виконують подібну роботу.

Медичних працівників в Україні за ознаками наявної у них освіти, професіоналізму та характеру виконуваної роботи, поділяють на молодший та обслуговуючий медичний персонал, середній медичний персонал та вищий медичний персонал. Кожна з цих категорій медичного персоналу виконує функції, властиві тільки йому, і має свій правовий та службовий статус.

Таким чином, ми підійшли до розгляду правового статусу основної категорії медичних працівників – лікарів. Очевидним є факт, що лікар являється центральним суб'єктом здійснення медичної діяльності. У законодавстві України знову ж таки, як і у випадку загального поняття «медичний працівник», не визначено зміст поняття «лікар», а тому звернемося до сучасної юридичної енциклопедії, де можна знайти наступне визначення даного поняття. Зокрема, під поняттям «лікар» розуміється фахівець у галузі охорони здоров'я із закінченою вищою медичною освітою, який відповідно до чинного законодавства та єдиних кваліфікаційних вимог має право займатися професійною медичною діяльністю². Термін лікар, який досить широко використовується як в юриспруденції, так і загалом в побуті – це категорія узагальнююча, адже він включає в себе багато медичних спеціальностей.

Згідно із переліком професій медичних працівників, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2002 р. № 117 «Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників»³, до категорії медичних працівників належать наступні види професій: 1) керівники; 2) професіонали в галузі лікувальної справи (крім стоматології); 3) професіонали в галузі стоматології; 4) професіонали в галузі фармації; 5) професіонали в галузі медико-профілактичної справи; 6) інші професіонали в галузі медицини; 7) фахівці; 8) лаборанти (медицина); 9) лаборанти (фармація); 10) технічні службовці; 11) робітники.

Відповідно до положень ст. 74 Основ законодавства України про охорону здоров'я, медичною і фармацевтичною діяльністю можуть займатися особи, які мають відповідну спеціальну освіту і відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам. Єдині кваліфікаційні вимоги до осіб, які займаються певними видами медичної і фармацевтичної діяльності, встановлюються Міністерством охорони здоров'я України. Варто зауважити, що в Україні лікар може працювати в будь-якому закладі охорони здоров'я на власний вибір, тобто незалежно від форми власності (державна, комунальна чи приватна). Також лікарі в Україні можуть здійснювати індивідуальну медичну діяльність, маючи при цьому статус підприємців.

Розглядаючи правовий статус лікаря, варто відзначити, що цей статус складається із професійного статусу лікаря, а також службових та посадових прав та обов'язків лікаря. Лікар може здійснювати чисто професійну роботу, а також може виконувати посадові та службові обов'язки. Щодо професійного статусу лікаря, то обсяг його прав та обов'язків залежить і від тих функцій, які лікар виконує згідно посади, адже лікар може бути як лікуючим, сімейним, так і черговим чи головним лікарем (керівником медичного закладу).

Поняттю «лікуючий лікар» та особливостям його правового статусу присвячена стаття 34 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Згідно даної статті, під лікуючим лікарем розуміється лікар закладу охорони здоров'я або лікар, який провадить господарську діяльність з медичної практики як фізична особа-підприємець і який надає медичну допомогу пацієнту в період його обстеження та лікування⁴. Цією статтею Основ передбачено, що лікуючий лікар обирається пацієнтом або призначається йому в установленому Основами порядку, а також передбачено право пацієнта вимагати заміни лікаря. Щодо обов'язків лікаря, то ними є своєчасне і кваліфіковане обстеження та лікування пацієнта. Тобто обов'язки лікаря вказані в досить загальних рисах. Обов'язки все ж таки, на нашу думку, повинні виписуватися конкретніше і це мають бути конкретні дії передбачені законом. Слід відмітити, що обов'язки лікуючого лікаря необхідно розуміти саме як обов'язки вчиняти певні дії, а не досягати певної мети, адже не завжди

¹ Тарасевич Т. Ю. Додаткові ознаки медичного працівника як спеціального суб'єкта злочину за Кримінальним кодексом України. *Держава і право*. 2009. Вип. 45. С. 482.

² Юридична енциклопедія: в 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова ред кол.) та ін. Київ: «Укр. Енцикл.», 2001. 556 с.

³ Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 «Охорона здоров'я»: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2002 р. № 117. URL: http://www.moz.gov.ua/ua/print/dn_20020329_17.html.

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

кваліфіковане обстеження та лікування пацієнта може призвести до бажаного результату і відсутність такого результату, за умови вчинення лікарем усіх належних дій, не може бути причиною притягнення його до відповідальності.

Законодавством також передбачено, що лікар має право відмовитися від лікування пацієнта, якщо пацієнт не виконує медичних приписів або правил внутрішнього розпорядку, проте, це тільки при умові, що така відмова не загрожуватиме життю хворого і здоров'ю населення. Лікуючий лікар звільняється від відповідальності у випадку, якщо пацієнт відмовився від медичних приписів або порушував встановлений для нього режим.

Ще один вид лікарів – це чергові лікарі. Щодо обов'язків чергового лікаря, то ними є надання первинної медичної допомоги. У випадку, якщо медична допомога, яку потребує пацієнт виходить за межі професійних знань чергового лікаря, то він має обов'язок викликати для надання такої медичної допомоги іншого лікаря відповідної медичної спеціальності чи інший медичний персонал у якому буде потреба. Якщо ж виникне необхідність, черговий лікар повинен викликати і залучити екстрену медичну допомогу для надання допомоги хворому. Детальніші права та обов'язки чергового лікаря регулюються відповідною інструкцією, яка затверджується кожним медичним закладом.

Наступна категорія лікарів, яку необхідно розглянути – це сімейні лікарі. Також їх ще називають лікарями загальної практики – сімейної медицини. Під сімейним лікарем розуміють лікаря, який отримав спеціалізовану багатoproфільну підготовку з надання первинної медико-санітарної допомоги громадянам будь-якого віку та статі. Загалом, варто зауважити, що поняття лікар загальної практики – сімейної медицини складалося еволюційним шляхом у ряді європейських країн. Щодо України, то такий експеримент почався у Львівській області у 1987 році у місті Дрогобичі, у якому відкрили першу амбулаторію загальної практики – сімейної медицини. А уже з 1995 року за програмою, затвердженою Міністерством охорони здоров'я України, розпочато підготовку сімейних лікарів.

Сімейним лікарем може бути лікар, який пройшов підготовку в інтернатурі за спеціальністю «Загальна практика – сімейна медицина», а також посаду сімейного лікаря можуть займати лікарі за спеціальностями «Лікувальна справа» і «Педіатрія», що пройшли підготовку в навчальних закладах післядипломної освіти за спеціальністю з сімейної медицини і отримали відповідний сертифікат сімейного лікаря. Пацієнти обирають сімейного лікаря добровільно, на основі вільного вибору, заради отримання первинної медико-санітарної допомоги. Кількість пацієнтів, які можуть обрати певного конкретного лікаря – в межах затверджених нормативів Міністерством охорони здоров'я України. Це ж міністерство і затверджує підзаконні нормативні правові акти, що регулюють діяльність такого сімейного лікаря.

Варто відзначити, що особливим правовим статусом також наділений головний лікар. Проте, в даному випадку, на нашу думку, цей статус пов'язаний не з виконанням професійної роботи, а є статусом лікаря як посадової особи, оскільки, як відомо, головні лікарі є керівниками лікувальних закладів.

Особливим статусом також наділені лікарі-інтерни. Як зазначено у статті 33 Основ законодавства України про охорону здоров'я, лікарі-інтерни беруть участь у наданні всіх видів медичної допомоги під керівництвом лікаря закладу охорони здоров'я.

Висновки. Отже, медичний працівник – це особа, яка здобула медичну освіту відповідно до вимог для здійснення медичної діяльності, пройшла інші підготовки, які вимагаються згідно законодавства, відповідає іншим, нормативно-встановленим, вимогам до професії, що підтверджується відповідними документами, має намір займатися медичною діяльністю, уклала трудовий договір з медичною установою чи здійснює медичну діяльність як фізична особа-підприємець. Особи, які займаються народною медициною (цілительством) не є медичними працівниками.

На жаль, законодавство України, яке стосується сфери охорони здоров'я містить доволі багато прогалин. В першу чергу, на нашу думку, законодавчим органам нашої влади необхідно чітко визначити на законодавчому рівні поняття «медичний працівник». Доцільним також вбачається прийняття окремого, кодифікованого нормативно-правового акту, який би ширше охоплював весь спектр суспільних відносин у сфері охорони здоров'я, адже сьогодні показало, що медичні працівники стоять на захисті не лише життя та здоров'я кожного громадянина країни, але і вносять свій вклад у захист національної безпеки держави.

Анотація.

У статті досліджується поняття «медичний працівник» та розглядаються проблеми правового статусу медичних працівників. Вказується, що система охорони здоров'я є однією з найважливіших галузей соціальної сфери будь-якої держави світу. Завдяки праці медичних працівників реалізується конституційне право кожної людини на охорону здоров'я, медичну допомогу. В наш час достатньо актуальним є питання визначення правового статусу медичного працівника, захисту його прав та чіткого визначення поняття «медичний працівник». Налогошено на тому, що незважаючи на теоретичне та практичне значення змісту поняття «медичний працівник», чинне законодавство України і, зокрема, основний закон в даній сфері – Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», визначення змісту даного поняття

не містить. На нашу думку, медичний працівник – це особа, яка здобула медичну освіту відповідно до вимог для здійснення медичної діяльності, пройшла інші підготовки, які вимагаються згідно законодавства, відповідає іншим, нормативно-встановленим, вимогам до професії, що підтверджується відповідними документами, має намір займатися медичною діяльністю, уклала трудовий договір з медичною установою чи здійснює медичну діяльність як фізична особа-підприємець. Особи, які займаються народною медициною (цілительством) не є медичними працівниками.

Summary.

The article investigates the concept of «medical worker» and considers the problems of the legal status of medical workers. It is stated that the health care system is one of the most important sectors of the social sphere of any country in the world. Thanks to the work of medical workers, the constitutional right of every person to health care and medical care is realized. Nowadays, the issue of determining the legal status of a medical worker, protection of his rights and a clear definition of the concept of «medical worker» is quite relevant. It is emphasized that despite the theoretical and practical significance of the content of the term «medical worker», the current legislation of Ukraine and, in particular, the basic law in this area – the Law of Ukraine «Fundamentals of Ukrainian legislation on health care», the definition of this concept does not contain. In our opinion, a medical worker is a person who has received medical education in accordance with the requirements for medical activities, has undergone other training required by law, meets other, statutory requirements for the profession, which is confirmed by relevant documents, intends to engage medical activity, has concluded an employment contract with a medical institution or carries out medical activity as a natural person-entrepreneur. People who practice folk medicine (healing) are not medical professionals.

References:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. С. 141.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. С. 19.
3. Шукін О. С. Правовий статус медичних працівників за трудовим законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05. Одеса, 2005. 21 с.
4. Тарасевич Т. Ю. Додаткові ознаки медичного працівника як спеціального суб'єкта злочину за Кримінальним кодексом України. *Держава і право*. 2009. Вип. 45. С. 482-487.
5. Юридична енциклопедія: в 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (головаредкол.) та ін. Київ: «Укр. Енцicl.»., 2001. 790 с.
6. Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 «Охорона здоров'я»: наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2002 р. №117. URL: http://www.moz.gov.ua/ua/print/dn_20020329_l17.html.

Olha Skochilyas-Pavliv,

Doctor of Law

Associate Professor of Administrative and Information Law

Institute of Law, Psychology and Innovative Education

Lviv Polytechnic National University

Kniazia Romana str. 1-3, Lviv, Ukraine

ORCID 0000-0001-6737-7628

olypav2019@gmail.com

Khristina Shchur,

Student

Institute of Law, Psychology and Innovative Education

Lviv Polytechnic National University

Kniazia Romana str. 1-3, Lviv, Ukraine

christinashchur@gmail.com

ON OVERCOMING THE CULTURE OF MILITARISM IN THE MENTALITY OF MODERN HUMAN

Iryna Smaznova

Key words:

militarism, mentality, culture of militarism, nihilism, terrorism, aggression, fundamentalism, war.

Introduction. The traditional view that Europe is a concentration of democratic values does not change the fact that it was the mentality of the Europeans that caused the most destructive wars. By and large, it can be argued that the entire development of European culture is a chain of wars, revolutions and other forms of manifestation of aggression. Beginning from the conquests of Alexander the Great and Ancient Rome, through all ages and generations, the aggressiveness of European civilization manifests itself, which is determined by the presence of a culture of militarism in the mentality of Europeans. The author analyzes the peculiarities of the culture of militarism, expressed in the mentality of Europeans. The analysis consists in understanding the phenomena of nihilism and terrorism as manifestations of militarism, Islamic fundamentalism as the opposition to European militarism, and the war in its modern manifestations as a component of militarism. Militarism as a state of the European mentality is often used to solve problems that go beyond ensuring national defense. Thus, militarism acquires a transnational character that underpins the foundations of the global order.

Militarism as a form of state aggression has a long history and is associated with state ideology, politics and mass psychology, the purpose of which is to build up the military power of the state and aggressive wars as the main tool of foreign policy.

Philosopher, publicist, founder of the Eurasian direction, Prince N. S. Trubetskoy calls militarism a "companion of civilization", a "lack of Romano-Germanic culture", which the Europeans themselves recognize in certain historical episodes and always promise to correct this deficiency, but essentially do not even try to eradicate it. It is known that N. S. Trubetskoy sharply criticized European civilization, calling it evil, and opposed the Romano-Germans to other nations, including for imposing a culture of militarism. He presents a disappointing conclusion: "At the same time, no matter what system Europe chose", the Roman-German states would inevitably have to maintain their military equipment at the same height and remain armed to the teeth" to protect the new order, be it capitalist or socialist. Since militarism is rooted in insatiable greed, in the very nature of international predators - Roman-Germans, in egocentrism penetrating all their notorious "civilization". The Romano-Germans were always so naively confident that only they were people, that they called themselves "humanity", and their culture - "human civilization". And since such an armed state of a part of "humanity" always threatens the independence of other parts of the same humanity, which, despite all assurances, will still feel uncomfortable next to armed people, as a result, the state of the armed world will spread, of course, all nations of the globe"¹.

Despite the excessive harshness of these statements, the correctness of this conclusion is confirmed by modern history. Another thing is that now one of the most militarized countries is DPRK, which, using ways developed by the European civilization, officially supported the policy of militarism at the state level and proclaimed the slogan - "Army in the first place" (Songun).

The pronounced militarism is noticeable in the mentality of the American nation, although it has its own history of development and manifestation, but the origins of American militarism are determined by European civilization. It may be recalled that it was the Europeans who began to master the American continent, savagely destroying the original culture, exterminating peoples and tribes in both South and North America, exporting valuables to Europe and bringing black slaves from Africa.

E. Schur in his book "Our criminal society", referring to the mentality of American society, reveals a number of fundamental factors of the criminality of the American way of life, points to the causes of crime in American society. He writes that "American society is criminal because there are elements in our cultural values that give rise to crime," because society participates in mass violence abroad and is an unequal society"².

The colonialists carried their militaristic mentality into the mastered territories and left this part of their mentality containing militarism, to the people of the USA.

¹ Trubetskoy N. S. *Evropa i chelovechestvo [Europe and humanity]*. Moscow: Direct-Media. 2015. 113 p.

² Schur Edwin M. *Our Criminal Society: The Social and Legal Sources of Crime in America*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall. 1969. 328 p.

Europe parasitized on colonies, while thinkers continued to develop the ideas of liberalism and democracy, opposing themselves as a "civilization" to the supposedly flawed "uncivilized" people of the globe. In principle, such a gradation on "own", which means civilized, and "alien", which means barbaric, is present in the entire history of European civilization: the ancient Greeks, the ancient Romans, the Christian world, modern states.

It is fairly noted that "the concept of civilization in Europe was used for a long time in terms of the differences that exist between nations, and only now has civilization become a category reflecting the unity of the nations of Europe, their common values"³.

Such a change in perception is associated with the awareness of the crisis of European culture during the decadence period of the late XIX - early XX, when Western Christian culture is undergoing a dramatic process, the essence of which is the reappraisal of traditional values, or more specifically, Christian metaphysics⁴.

Modern English specialist in the field of civilization research R. Osborne links the changing perception of civilization with the formation of a culture of militarism, expressed in the mentality of the Europeans and leading to two world wars; with the loss of faith in the idea of progress associated with understanding the illusory nature of human achievement; with the crisis of public institutions that should serve as a pillar of the values of the Western world⁵.

The culture of militarism, expressed in the mentality of Europeans, is attributed to the emergence of the phenomena of nihilism and terrorism in Europe as a reaction to disappointment with the illusion of "European civilization" and an attempt to revive its own culture.

P. A. Kropotkin noted that nihilism originated in the 1860s among the intelligentsia⁶. And in the work "The Will to Power", F. Nietzsche wrote the following: "All our European culture has long been moving in some kind of torture of tension, growing from century to century, and as it were headed towards a catastrophe" ... This is nihilism, the depreciation of higher values⁷. Including, therefore, the ideologist of the Narodniks, P. N. Tkachev considered "terrorism as the only means of moral and public revival of Russia"⁸.

Terrorism, by its nature, can also be viewed as a reflection of the militaristic tendency of the mentality of the European nation, since the culture of militarism gives rise to aggressive methods of counteracting the existing order. It is not by chance noted that "after a short period of unsuccessful attempts at the peaceful embodiment of social utopia, the agitation of the narodniks with their Orthodox mentality was replaced by the only thing that seemed possible - terror"⁹. At the same time, "narodniks' terrorism in Tsarist Russia (the second half of the 19th - the beginning of the 20th centuries) is the only concrete historical type of terrorism, where exactly the altruistic attitude as the fulfillment of a personal sacrifice for the good of the person ("people" and "labor classes") is most fully manifested and brightly¹⁰.

"The social philosophy of narodniks was anthropocentric and collectivistic. The concept of "society", "people" and "nation" was perceived not metaphysically (as a kind of a single mystical body, imbued with a common spirit, common traditions and common destiny), but socially atomistic, as a collection of separate individuals related to each other formally and mechanistically. Despotism of the public over the individual, absolutization of the "people" as value"¹¹. The salvation of an individual is possible only strictly within this community and through it.

"The idea of the predestination of human actions in Islamic-fanatical terrorism predisposes to even greater fanaticism than the atheistic statement of the unlimited will and freedom of the person. Conscience and a sense of personal responsibility for the results of their own actions in Islamic-fanatical terrorism are suppressed by the fatalism of consciousness, provided the subject is confident that they correspond to the Koran and Sharia.

³ Oborotov Yu. N., *Obshcheteoreticheskaya yurisprudentsiya* [General theoretical jurisprudence]. Odessa: Feniks. 2011. P. 423.

⁴ Nietzsche F. *The will to power*. New York: Barnes & Noble Inc. 2013. 860 p.

⁵ Osborne Roger. *Civilization. New history of the Western world*. New York: Pegasus Books. 2008. 764 p.

⁶ Kropotkin P. A. *Zapiski revolyutsionera* [Notes of the Revolutionary]. Moscow. 1990. P. 266-267.

⁷ Nietzsche F. *The will to power*. New York: Barnes & Noble Inc. 2013. § 2. 860 p.

⁸ Tkachev P. N. "Terrorizm kak yedinstvennoye sredstvo npravstvennogo i obshchestvennogo vrozhdeniya Rossii [Terrorism as the only means of moral and public revival of Russia]", in Budnitskiy, O. V. (ed.), *Istoriya terrorizma v Rossii v dokumentakh, biografiyakh, issledovaniyakh* [The history of terrorism in Russia in documents, biographies, research]. Rostov-on-Don. 1996. P. 149.

⁹ Chudinov S. I. *Terrorizm kak sotsiokul'turnyy fenomen: sotsial'no-filosofskiy analiz* [Terrorism as a sociocultural phenomenon: a socio-philosophical analysis]. Novosibirsk: NGASU (Sibstrin). 2007. P. 120.

¹⁰ Chudinov S. I. *Terrorizm kak sotsiokul'turnyy fenomen: sotsial'no-filosofskiy analiz* [Terrorism as a sociocultural phenomenon: a socio-philosophical analysis]. Novosibirsk: NGASU (Sibstrin). 2007. P. 69.

¹¹ Tkachev P. N. "Terrorizm kak yedinstvennoye sredstvo npravstvennogo i obshchestvennogo vrozhdeniya Rossii [Terrorism as the only means of moral and public revival of Russia]", in Budnitskiy, O. V. (ed.), *Istoriya terrorizma v Rossii v dokumentakh, biografiyakh, issledovaniyakh* [The history of terrorism in Russia in documents, biographies, research]. Rostov-on-Don. 1996. P. 72-73.

The doctrine of predestination of fate lies at the basis of metaphysics and psychology characteristic of Islamic-fanatical terrorism”¹.

This theory captures the socio-philosophical aspect at the level of intercultural conflict, but the clarity of the historical and socio-cultural context of a civilizational clash is insufficient. “The most important objective sign of nihilism (anti-tradition) of modern Western civilization is an indisputable fact: the universe is less and less perceived as order and more and more as chaos. Thus, the first participant in the clash of civilization, it would be wrong to designate only as a “Western Christian civilization”. The latter is a Christian in its origins civilization that has passed a long period of decadence and nihilism and is on the verge of “complete nihilism” - the most profound blurring of traditional values. In the spiritual foundation of this civilization, Christianity is preserved only as a private one, by no means the most important element, the dominant component being the ideology of neoliberalism.

The opposite goal has been set by the movement of Islamic fundamentalism, although its causes lie in the response, including to the militarism of the European mentality. Islamic fundamentalism emerged as the “ultraconservative response of traditional Muslim society to colonialism and postcolonial rule of the West, under the influence of which in the first half of the twentieth century there was a process of modernization and secularization of countries with traditional Muslim culture. Islamic fanatical terrorism is driven primarily by spiritual protest against foreign (Western) cultural values, the fatalism of consciousness in an absolutely deterministic spirit and aggressive Islamic messianism, which affirms an alternative project of global world order”².

Today, fundamentalists oppose the “revived and renewed” community of believers based on national traditions and spiritual heritage, appealing to the experience of the early Muslim community of the times of the Prophet Muhammad, which appears as an attempt to get rid of moral values with pronounced militarism of the West, with its cult of individualism³. In essence, pursuing the goal of clearing the European mentality, the movement of Islamic fundamentalism went through several stages of its development until the tradition of terrorism matured within it. A characteristic feature of all ideological trends in Islam is conservatism.

In the aspect of the conflict of civilizations and cultures, the idea of militarism received a global sound in the work of the well-known political scientist S. Huntington, who introduced the global conflict of civilizations and came to explain the spread of these global threats⁴. Hence the recognition of a cliché about Islamic fundamentalism and related Islamic extremism and terrorism as a product of the clash of European and Muslim civilizations, not only at the level of political and economic rivalry, but also at the level of culture, basic values and beliefs.

It can be stated that militarism has become a part of modern culture, a way of human thinking and being. No matter how sad it is to talk about it, but this is our reality - the “culture” of militarism. It seems that in order to assert a culture of peace, we must know the “culture” of militarism.

The culture of militarism is a paradoxical phenomenon: love and care for “our people” is manifested in indifference, and sometimes cruelty to “aliens”. Such an attitude to the division into friends and foes comes from building relationships in tribal communities, when the survival of the individual was possible only within “his” community, including through the use and even destruction of outsiders. Approval of the culture of militarism found an active response both in the minds of the inhabitants, and the great thinkers and politicians.

The statement of Nietzsche is indicative in this respect: “Only dreaminess and indifference can expect much more from humanity (or even especially much) when it learns how to start a war. Hitherto, we do not know other means that could, as much and truly as any great war, inspire weakening nations with such coarse traveling energy, such deep impersonal hatred, such composure of a murderer with a clear conscience, such a general organized fervor in the destruction of the enemy, such proud indifference to great losses, to one’s own life and to the lives of loved ones, such a deaf, earthquake-like, trembling of the soul; The streams and streams making their way here, which, it is true, are rolling stones and rubbish and destroying the fields of delicate crops, and later, under favorable circumstances, with a new force bring the mechanisms of the spiritual workshop into rotation. Culture can not do without passions, vices and anger. When the Romans in the imperial era were somewhat tired of wars, they tried to gain new power in baiting animals, in battles of gladiators and in the pursuit of Christians. Modern Englishmen, who in general also seem to have abandoned war, resort to another means to

¹ Tkachev P. N. “Terrorizm kak yedinstvennoye sredstvo npravstvennogo i obshchestvennogo vrozozhdeniya Rossii [Terrorism as the only means of moral and public revival of Russia]”, in Budnitskiy O. V. (ed.), *Istoriya terrorizma v Rossii v dokumentakh, biografiyakh, issledovaniyakh* [The history of terrorism in Russia in documents, biographies, research]. Rostov-on-Don. 1996. P. 148-149.

² Chudinov S. I. *Terrorizm kak sotsiokul’turnyy fenomen: sotsial’no-filosofskiy analiz* [Terrorism as a sociocultural phenomenon: a socio-philosophical analysis]. Novosibirsk: NGASU (Sibstrin). 2007. P. 61.

³ Chudinov S. I. *Terrorizm kak sotsiokul’turnyy fenomen: sotsial’no-filosofskiy analiz* [Terrorism as a sociocultural phenomenon: a socio-philosophical analysis]. Novosibirsk: NGASU (Sibstrin). 2007. P. 152-153.

⁴ Huntington Samuel P. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster. 1996. 608 p.

revive endangered forces: they embark on those voyages, navigation, mountain climbing, which are supposedly undertaken for scientific purposes, but in reality out of all sorts of adventures and dangers, bring excess force home. It will probably have to invent many more such surrogates of war, but it will be more and more clear from them that such a highly developed and therefore inevitable limp mankind, like modern European humanity, needs not only war but even the greatest and most terrible war - t in the temporary return to barbarism, in order not to lose the culture and life itself due to the means of culture"⁵.

The Russian philosopher N. A. Berdyaev wrote that nations must periodically go crazy to fight, but on the other hand, war, with a spiritual due attitude towards it, ennobles and elevates the human soul, it speaks of a distinctive historical reality, gives a courageous sense of history⁶.

War as a component of the structure of militarism became the subject of high art. But in its essence to be a military man is to be able and ready to kill and die.

Today, the growing interconnectedness of the world makes even the thought of world war even more unacceptable. Nevertheless, the probability of a large-scale, including nuclear war, cannot be ruled out, and the number of local wars and conflicts grows from year to year.

Militarism as a state of the European mentality, absolutizing the capabilities of the military sphere, its methods, means and technologies of warfare is often used to solve problems that go beyond ensuring national defense. The militaristic policy, expressed in the militarization of its means, the justification of armed violence and its transformation into a tool for solving political, economic and social contradictions within the country and in the sphere of international relations. The influence of militarism on the global political process in the era of globalization and informatization is due to the acquisition of a transnational character by this phenomenon, contributing to the militarization of politics in various countries and regions of the planet.

In the era of globalization, the driving forces of militarization are ideological doctrines, advances in information technologies, and military-political planning of leading world states. Their concentrated influence leads to the transformation of militarism of national states, its adaptation to the tendencies of the development of the institutions of democracy and the dehumanization of international politics. In practice, this is expressed in declaring the need to protect human values, human rights and freedoms, and calls for counteracting new threats. At the same time, the doctrine of deterrence, synthesizing informational influence and situational use of military force, is becoming a tool for ensuring the global expansion of the Western powers.

Despite the dramatic changes in the life of modern society, the essence of the militarization process is due to the same European mentality with its inherent aggressiveness. However, the new militarism, in contrast to past eras, thanks to the possibilities of informatization, is a global formation of global scale.

Back in the early twentieth century N. S. Trubetskoy in his work "Europe and Humanity" foresaw the horrific consequences of the Europeanization of the rest of the world, including the Muslim one: "The consequences of Europeanization are so grave and terrible that Europeanization has to be considered not good, but evil. Militarism as a "satellite of civilization" derives from the very essence of Europeanization and concerns the very essence of social life and culture of the Europeanized people. Even if the system was changed, the European states would have had, first of all, with fire and sword to lead the same system all over the world, and after that vigilantly ensure that no people changed this system"⁷.

It can be argued that the modern militaristic policy of the United States, which was formed in the prism of the European mentality, continues to increase the pace of militarization, which inevitably attracts a response from other states and non-state actors, also resorting to various forms of militarization. The specific features of militarization in the 21st century consist in the multiplication of its subject composition, when along with the states and their coalitions and international organizations, non-state actors play an increasingly active role in world politics. The persistence of political instability in strategic regions of the planet causes a modification of the functions of military-political blocs, interstate unions, which go beyond their initial mission and aim at intervening in internal conflicts of nation-states, which, in particular, is due to the consequences of the global financial and economic crisis.

Conclusion. Today, despite the proclamation of human rights and freedoms, the mentality of Europeans retains the features of militarism, which leads to a clash of political and corporate interests of leading actors in international relations. The active promotion of military-political interests of states with a pronounced militaristic policy provokes similar measures by other powers, and also serves as a moral justification for the penetration and spread of the influence of organizations of transnational terrorism.

Thus, at the present stage of development for all cultures and civilizations, the danger of the policy of militarism remains, which undermines the foundations of the global order and opposes the introduction, development and application of mechanisms of tolerance. It is the rooting of tolerance that should restrain

⁵ Nietzsche F. Human, All Too Human. Herts: Wordsworth Editions Ltd. 2015. 477 p.

⁶ Berdyaev N. A. *Filosofiya neravenstva. Pis'ma k nedrugam po sotsial'noy filosofii* [Philosophy of Inequality. Letters to enemies on social philosophy]. Paris: YMCA-Press. 1970. P. 190, 192-193.

⁷ Trubetskoy N. S. *Evropa i chelovechestvo* [Europe and humanity]. Moscow: Direct-Media. 2015. 113 p.

militarism and also lead to the harmonious coexistence of aggression and tolerance. The idea of tolerance is the basis of behavior in an individualized society, it must change the culture of militarism in the mentality of not only Europeans, but also representatives of other civilizations and nations, and otherwise the world will continue to shake aggression, conflicts, terrorist acts and wars.

Summary.

The article actualizes the problem of the anti-culture of militarism as part of the mentality of Europeans. The author examines the reasons for the formation of militarism as a part of modern culture, way of thinking and a person. The article proposes to consider tolerance as a tool to counterbalance and contain the anti-culture of militarism.

References:

1. Antypenko A. V. *Konfliktologichnyy pidkhid u mizhnarodno-pravovomu rehulyuvanni borot'by z teroryzmozom* [The conflictological approach to international legal regulation of combating terrorism]: abstract of Ph.D. dissertation. Odesa. 2013. 20 p.
2. Berdyayev N. A. *Filosofiya neravenstva. Pis'ma k nedrugam po sotsial'noy filosofii* [Philosophy of Inequality. Letters to enemies on social philosophy]. Paris: YMCA-Press. 1970. 244 p.
3. Chudinov S. I. *Terrorizm kak sotsiokul'turnyy fenomen: sotsial'no-filosofskiy analiz* [Terrorism as a sociocultural phenomenon: a socio-philosophical analysis]. Novosibirsk: NGASU (Sibstrin). 2007. 204 p.
4. Huntington Samuel P. (1996), *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster. 608 p.
5. Kropotkin P. A. *Zapiski revolyutsionera* [Notes of the Revolutionary]. Moscow. 1990. 526 p.
6. Nietzsche F. *Human, All Too Human*. Herts: Wordsworth Editions Ltd. 2015. 830 p.
7. Nietzsche F. *The will to power*. New York: Barnes & Noble Inc. 2013. 860 p.
8. Oborotov Yu. N. *Obshcheteoreticheskaya yurisprudentsiya* [General theoretical jurisprudence]. Odessa: Feniks. 2011. P. 422-432.
9. Osborne Roger *Civilization. New history of the Western world*. New York: Pegasus Books. 2008. 764 p.
10. Schur, Edwin M., *Our Criminal Society: The Social and Legal Sources of Crime in America*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall. 1969. 328 p.
11. Tkachev P. N. "Terrorizm kak yedinstvennoye sredstvo npravstvennogo i obshchestvennogo vozrozhdeniya Rossii" [Terrorism as the only means of moral and public revival of Russia], in Budnitsky, O. V. (ed.), *Istoriya terrorizma v Rossii v dokumentakh, biografiyakh, issledovaniyakh* [The history of terrorism in Russia in documents, biographies, research]. Rostov-on-Don. 1996. 576 p.
12. Trubetskoy N. S. *Evropa i chelovechestvo* [Europe and humanity]. Moscow: Direct-Media. 2015. 113 p.

Iryna Smaznova,

Ph.D., Associate Professor, Department of philosophy,
National University "Odessa Law Academy" (Odessa, Ukraine)

THE PRINCIPLE OF REASONABILITY IN LAW AS AN OBJECT OF LEGAL SECURITY IN UKRAINE

Принцип розумності в праві як об'єкт правового забезпечення в Україні

Bogdan Strashinsky

Keywords:

law principles, functions law principles, principle of reasonableness in law, role of principle of reasonableness in law, system law principles.

Ключові слова:

принципи права, функції принципів права, принцип розумності в праві, роль принципу розумності в праві, система принципів права.

Вступ. Важливим теоретико-правовим та практичним аспектом функціонування принципу розумності в праві є питання його правового забезпечення. Актуальність наукової розробки питань правового забезпечення принципу розумності в праві в Україні обумовлюється насамперед особливостями поточної розбудови вітчизняної правової системи, необхідністю підвищення рівня поширеності принципів права в більшості сфер життєдіяльності суспільства, всебічного впровадження в законотворчість та правореалізацію принципу розумності, створення необхідних правових передумов розбудови всіх сфер життєдіяльності вітчизняного суспільства на засадах розумності, професійності та справедливості тощо. Сьогодні Україна проходить досить складний і не менш важливий етап розбудови державно-правових інституцій, який часто в юридичній літературі позначають дефініцією «трансформаційний або перехідний етап»¹. Вказаний етап розбудови державно-правових явищ передбачає, в тому числі і зміни в організації правотворчості та правореалізації, функціонуванні правової системи на принципах розумності, професійності та справедливості, супроводжується загальною тенденцією до впровадження функціонування державно-правових інституцій на засадах розумності. Зміни в організації функціонування державно-правових інституцій відповідає прагненню сучасної України здійснити рішучий перехід від старої радянської до європейської демократичної державно-правової моделі, заснованої на засадах розумності, професійності та справедливості. Згідно із ст. 1 Конституції України Україна визначається як правова, соціальна держава², що покладає на неї відповідальність за розбудову державно-правової системи на засадах законності, офіційності, публічності, гуманізму, засновуватись на засадах політичного плюралізму і, важливо – розумності без врахування якого неможливо забезпечити високий рівень сприйняття вказаної системи суспільством, її авторитетності та громадської підтримки, зрозумілості та ефективності. З урахуванням вищезазначеного, відзначаючи високий рівень актуальності наукового дослідження питань правового забезпечення принципу розумності в праві в Україні, **метою** цієї роботи буде визначення стану правового забезпечення принципу розумності в Україні та критичний аналіз положень, які його регламентують. У зв'язку з цим в якості завдань дослідження можливо визначити наступні: а) з'ясувати зміст принципу розумності в праві як об'єкт доктринального розуміння; б) здійснити критичний аналіз положень актів чинного законодавства України на предмет правового забезпечення принципу розумності в праві; в) охарактеризувати значення принципу розумності права в Україні в сучасних умовах трансформації правової системи України.

Виклад основного матеріалу. Як доводить практика функціонування правової системи України, сьогодні ми можемо засвідчити той факт, що, декларуючи формування України як правової держави, закріплюючи принципи права та принципи окремих різновидів юридичної практичної діяльності, намагаючись регламентувати та впровадити в життя засади законності, верховенства права та закону, все одно слід відзначити поширеність таких явищ, як:

¹ Выпряхкина Ж. Н. Политико-правовая трансформация институтов гражданского общества в условиях глобализации: дис. ... канд. юрид. наук : 23.00.02. М., 2005. С. 18-20; Дзьобань О. П. Філософсько-правові проблеми правотворчості в перехідних суспільствах. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2006. № 7. С. 17-18; Дідич Т. О. Становлення правоутворення в контексті трансформації державно-правового впливу на суспільство. Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти: Монографія / За заг. ред. Ю. Л. Бошицького. К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2010. Розділ 1, п/р. 1.3. – С. 42–62.

² Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2D1%80/print1419249647141480>. (дата звернення: 19.07.2019 р.)

- правова колізійність та конфліктність;
- неузгодженість в юридичній діяльності суб'єктів державної влади та місцевого самоврядування, навіть наявність окремих конфліктних випадків у взаємовідносинах між цими суб'єктами;
- недостатньо високий рівень політичної та правової єдності в суспільстві;
- недостатність політичної волі для ухвалення тих або інших законодавчих рішень (особливо тих, що стосуються законодавчого забезпечення здійснення реформ, зменшення податкового тиску на суб'єктів господарської діяльності, посилення протидії корупції в державі тощо);
- прийняття політично вмотивованих законодавчих актів, а також законодавчих актів, положення яких завідомо спотворені задля зменшення їх регламентаційного впливу або недопущення їх подальшої реалізації тощо.

Існуючі недоліки правового забезпечення більшості сфер суспільних відносин в Україні можуть бути усунені за допомогою принципу розумності в праві, що функціонально спроможний закласти основи тлумачення та застосування права, що відзначається вищезазначеними недоліками. Саме засновуючись на принципі розумності в праві можливо здійснити тлумачення та реалізацію права не відповідно до суб'єктивних інтересів тих або інших суб'єктів права, а згідно з усвідомленням цінності права, його соціальної та антропологічної корисності. В етимологічному значенні слово «розумність» відображає властивість за значенням «розумний»¹, тобто те, що має розум або виражає розум; керується розумом; свідчить про освіченість та ученість. Розумність – це стан або процес, що заснований на законах логіки, відображає високий рівень людського інтелекту в поведінці, культурі або свідомості². Тобто мова іде про те, що право, його усвідомлення, з'ясування сутності та змісту має відбуватись з точки зору його логічності, призначення, соціальної та антропологічної корисності.

Слід відзначити, що розумність є невід'ємною властивістю права, яке апріорі є розумним, оскільки зароджується, розвивається, формулюється, поширюється виключно в людському середовищі, відповідно засновується на здатності людського розуму до раціонального пізнання та раціональної діяльності. Водночас, таке сприйняття права є недостатнім для дієвого та ефективного його функціонування. Розумність в праві як його принцип має стати основою його раціонального сприйняття людьми та поширення в суспільстві зароджується та розвивається в правових системах, що відносяться до систем англосаксонської правової сім'ї.

Доктринальні уявлення про розумність у праві зароджуються в ідеях представників правового реалізму (К. Левеллін, О. Холмс³), які розглядають право крізь призму його поширеності на суспільство, відповідно його спроможність бути сприйнятим людьми за допомогою своїх розумових здібностей. В результаті в правових системах англосаксонського типу поширене поняття так званого «загального права» (common law), яке є істинним, відображає в собі людські цінності, що походять від природи людини та акумулюють в собі історично сформовані цінності існування соціуму. Ідеї розумності є складовими і при характеристиці позитивного права, де одна з основних ролей відводиться принципу «верховенства розуму» (rule of reason), змістом якого є відповідність права (його формального закріплення. – *Прим. авт.*) так званому «здоровому глузду», що включає в себе можливість сприйняття положень права за допомогою розуму та можливість керування на підставі такого сприйняття права своєю поведінкою, що також є проявом розуму щодо визнання корисності права, необхідності дотримання закріплених вимог. У системі загального права поняття «розум» має кілька значень. В одних випадках воно характеризується як повсякденне життя, суть загального (суддівського) права, в інших — як певний розумний засіб заповнення існуючих прогалин у статутному праві. При цьому пояснюється, що розум не є якимось невизначеним почуттям справедливості конкретних індивідумів; це розум у тому вигляді, як його розуміють судді, які піклуються перш за все про створення стрункої системи права. Разом із цим «розум» сприймається також у сенсі ухвалення розумного суддівського рішення з певної справи в умовах, коли існують серйозні прогалини в механізмі правового регулювання відносин у відповідній сфері.

Слід відзначити, що характеристика принципу розумності у вітчизняних наукових дослідженнях суттєво відрізняється від попередніх уявлень, що сформувались в країнах, правова система яких відноситься до англосаксонського типу. Це зумовлено насамперед приналежністю вітчизняної правової системи до романо-германського типу та пануванням в системі вітчизняного правопізнання положень позитивізму та інтегративного праворозуміння. Переважно розуміння принципу розумності вченими пов'язується із системою критеріїв розумності, які дозволяють здійснити її вимір, або вимог, які покликані забезпечити розумність в юридичній діяльності. Зокрема, до таких вимог вченими відносяться:

¹ Словник української мови: в 11 томах. Т. 8, 1977. С. 845.

² Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. К.; Ірпін: ВТФ «Перун», 2002. С. 789.

³ Копоть В. О. Правовий реалізм : монографія / В. О. Копоть; ред. С. В. Бобровник; НАН України, Київ. ун-т права. – К. : Вид. Нац. бібл. ім. В. М. Вернадського, 2010. – 186 с., с. 38-39; Holmes O. Collected Legal Papers / O. Holmes. – N.-Y. : Harcourt, Brace & Howe, 1920. – 316 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://my-shop.ru/shop/books/977508.html>. – Назва з титул. екрану (дата звернення: 28.10.2018 р.)

- правомірність, тобто відповідність дій учасників правовідносин приписам правових норм;
- обґрунтованість, яка передбачає наявність певної підстави для вчинення особою тих чи інших дій, які не порушують права та інтереси інших осіб;
- доцільність або відповідність дій учасника правових відносин правам та інтересам інших учасників;
- пропорційність, яка передбачає співрозмірність тих чи інших явищ;
- передбачення учасниками правовідносин певних обставин, які можуть мати наслідком виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків, зокрема, в договірних відносинах⁴.

Окрім того, в юридичній літературі представлені деякі ідеї, в яких принцип розумності характеризується як сукупність вимог до юридично значимих дій, до дозволяють забезпечити взаємозв'язок умов з цілями юридичної норми, їх відповідності сутнісним елементам чи принципам договору, загальним принципам права, публічному порядку, вимогам моралі. Так, розумність стосуватиметься порядку виконання умов договору, при якому нерозумність умов договору є підставою для їх невиконання. При чому такі умови договору можуть бути і в судовому порядку визнані нікчемними⁵. Таким чином принцип розумності набуватиме не лише факту формального закріплення, але і реальної дії, що виявлятиметься при виконанні умови договору або зверненні до суду щодо визнання відповідних положень нікчемними, матиме значення при необхідності визначення правомірності або протиправності поведінки особи.

Так само обґрунтовується думка вченими про те, що у випадку недосконалого законодавчого визначення заборон або обов'язків знову ж таки необхідно керуватись принципом розумності, при якому тлумачення і застосування таких норм повинні ґрунтуватися насамперед на розумінні того, що норми розраховані поширити свою дію на звичайних середньостатистичних людей, тому і їх розуміння та реалізація має відповідати нормальним середньостатистичним вимогам життя середньостатистичної людини⁶. Продовжуючи вказану думку, вченими проектується таке розуміння принципу розумності права на площину розуміння інститутів необхідної оборони та крайньої необхідності, які мають оціночний характер і таке оцінювання має відбуватись з точки зору поведінки середньостатистичної людини при звичайних обставинах їх життя.

В доктрині цивільного права принцип розумності в праві визначається через категорії «добросовісність» та «справедливість», які є невід'ємною властивістю зовнішнього прояву поведінки учасника цивільних правовідносин. При чому така поведінка учасника цивільних правовідносин визначається крізь призму її відповідності праву, обґрунтованості як прояв інтелектуального людського виміру поведінки, а також доцільності – як визначенню корисності такої поведінки⁷. Окрім того, вченими-цивілістами принцип розумності визначається також і як спроможність учасника цивільних правовідносин передбачати обставини, які потенційно можуть впливати на права та обов'язки інших учасників цивільних відносин⁸. Як результат такої характеристики принципу розумності в цивільному праві, переважно вченими вимоги розумності пов'язують із діями учасників цивільних правовідносин та їх сумісністю з цілями юридичної норми, їх відповідності сутнісним елементам чи принципам договору, загальним принципам права, публічному порядку, вимогам моралі⁹. Водночас аналіз змісту положень цивільного законодавства України доводить, що на відміну від інших принципів цивільного законодавства, передбачених у ст. 3 ЦК, принцип розумності визначається у поєднанні з принципами справедливості та добросовісності, які закріплені в межах одного порядкового рівня з принципом розумності. Принцип розумності зазначається в положеннях Цивільного кодексу України в аспекті:

- можливості встановлення законом правових наслідків недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права;
- визнання поведінки особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом (ч. 5 ст. 12);
- визначення розміру відшкодування моральної шкоди, при якій мають враховуватись вимоги розумності і справедливості (абз. 2 ч. 3 ст. 23);

⁴ Богініч О. Л. Принципи права: окремі онтологічні, гносеологічні та аксіологічні проблеми // Альманах права. Основові положенні принципи права як його ціннісні виміри. 2012. Вип. 3. С. 105; Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; 12.00.02. К., 1999. С. 116-117

⁵ Уварова О. О. Роль принципів права у процесі правозастосування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Олена Олександрівна Уварова. – Х., 2009. С. 73-74.

⁶ Прийма С. Принцип розумності тлумачення норм права. Вісник Національної академії правових наук України. 2012. № 3. С. 40

⁷ Вердиян Г. Добросовестность как один из пределов осуществления гражданских прав. Право и жизнь. 2012. № 2 (64). URL : <http://www.law-n-life.ru/arch/n162.aspx> (дата звернення: 16.10.2020 р.).

⁸ Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васьковский. – М. : АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. С. 58.

⁹ Шевчук С. В. Основы конституционной юриспруденции : навч. посіб. Х. : Консум, 2002. С. 52.

- про те, що орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень (ч. 3 ст. 92) тощо¹.

На нашу думку, принцип розумності в цивільному праві фактично є засобом збалансування прав та інтересів учасників цивільних правовідносин, відновлення їх порушених прав, забезпечення їх поведінки щодо вчинення дій виключно розумно. В цьому плані В. І. Ємельянов розкриває розумність в праві як комплекс дій, що вчинила б людина, котра володіє нормальним, середнім рівнем інтелекту, знань та життєвого досвіду². Так само і Ю. А. Тобота пропонує вважати розумність передумовою дієздатності учасника цивільних відносин – фізичної особи, оскільки розумність покладено в основу інтелектуального моменту дієздатності³.

За аналогією варто звернути увагу і на положення Кримінального процесуального кодексу України. Відповідно до ст. 7 закріплено одну із загальних засад кримінального провадження – розумність строків (п. 21 ч. 1) Відповідно до цього положення під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті в розумні строки. Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні строки не можуть перевищувати передбачені КПК України строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень. Проведення досудового розслідування у розумні строки забезпечує прокурор, слідчий суддя, а судового провадження – суд. Критеріями для визначення розумності строків кримінального провадження, відповідно до ч. 3 ст. 28 КПК України, є:

1. Складність кримінального провадження, яка визначається з урахуванням кількості підозрюваних, обвинувачуваних та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження, обсягу та специфіки процесуальних дій, необхідних для здійснення досудового розслідування тощо.
2. Поведінка учасників кримінального провадження. Поведінка заявників становить об'єктивну обставину, що не ставиться у провину Державі-відповідачу і враховується, щоб визначити, чи є перевищення розумного строку.
3. Спосіб здійснення слідчим, прокурором і судом своїх повноважень.

Окрім того, розумність в кримінальному провадженні також законодавцем пов'язується із:

- презумпцією невинуватості, відповідно до якої ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом (ч. 2 ст. 17);
- гарантуванням права на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону (ч. 1 ст. 21);
- наявністю розумних підозр як підстави для арешту майна в кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 170) та ін.⁴

Висновки. Підбиваючи підсумки проведеному дослідженню, слід звернути увагу на застереження Європейського Суду з прав людини, який чітко зазначає, що відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.)⁵ покладає на держав, які є підписантами цієї Конвенції або її ратифікували в установленому національним правом порядку забезпечити організацію своїх правових систем таким чином, щоб забезпечити добросовісність і справедливість розгляду судових справ, їх вирішення в розумний строк⁶. Слід погодитись з такою позицією та відзначити не лише зростаючу роль принципу розумності в праві, але і його невід'ємність від сучасної правової системи, який виступає умовою її ефективності функціонування та засобом її виміру. Сьогодні принцип розумності в праві потребує не лише законодавчого визнання, але і законодавчого закріплення механізму його функціонування, посилення тлумачення його сутності та змісту (особливо крізь призму існуючих позицій Європейського суду з прав людини), а також забезпечення його поширення в практиці правозастосування в Україні.

Summary.

An important theoretical, legal and practical aspect of the functioning of the principle of reasonableness in law is the question of its legal support. Therefore, the author emphasizes the urgency of scientific development of legal support of the principle of reasonableness in law in Ukraine. The author makes a critical analysis of the provisions

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>. (дата доступу: 03.09.2019 р.)

² Ємельянов, В. П.. Гражданское право Украины : практ. пособие. Изд. 2-е , испр. и доп. Х. : Консум, 1996. С. 67.

³ Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві : монографія. Харків : ХНПУ, 2020. С. 96.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року № 4651-VI // Відом. Верхов. Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12. Ст. 88.

⁵ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (дата звернення: 14.11.2020 р.)

⁶ Рішення Європейського Суду з прав людини від 17.10.2019 р. по справі «Полях та інші проти України» (Заява № 58812/15). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e71#Text (дата звернення: 17.11.2020 р.).

of current legislation of Ukraine on the subject of legal support of the principle of reasonableness in law. The issue of the mechanism of spreading the principle of reasonableness in law, its guarantee and prevention of violation also remains unsettled in the legal plan. The author clarifies the content of the principle of reasonableness in law as an object of doctrinal understanding, as well as describes the importance of the principle of reasonableness of law in Ukraine in the current conditions of transformation of the legal system of Ukraine.

Анотація.

Важливим теоретичним, правовим та практичним аспектом функціонування принципу розумності в праві є питання його правового забезпечення. Тому автор наголошує на актуальності наукової розробки правового забезпечення принципу розумності права в Україні. В роботі проведено критичний аналіз положень чинного законодавства України на предмет правового забезпечення принципу розумності в праві. Доведено, що механізм поширення принципу розумності в праві, його гарантування та запобігання порушенням є недостатньо неврегульованими в правовому плані. Автор уточнює зміст принципу розумності в праві як об'єкт доктринального розуміння, а також описує значення принципу розумності в праві в сучасних умовах трансформації правової системи України.

References:

1. Выпряхкина Ж. Н. Политико-правовая трансформация институтов гражданского общества в условиях глобализации: дис. ... канд. юрид. наук : 23.00.02. М., 2005. 188 с.
2. Дзьобань О. П. Філософсько-правові проблеми правотворчості в перехідних суспільствах. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2006. № 7. С. 17-19.
3. Дідич Т. О. Становлення правоутворення в контексті трансформації державно-правового впливу на суспільство. *Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти* : Монографія / За заг. ред. Ю. Л. Бошицького. К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2010. Розділ 1, п/р. 1.3. С. 42-62.
4. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2D1%80/print1419249647141480>. (дата звернення: 19.07.2019 р.).
5. Словник української мови: в 11 томах. Т. 8, 1977. С. 845.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2002. 1216 с.
7. Копоть В. О. Правовий реалізм : монографія / В. О. Копоть; ред. С. В. Бобровник; НАН України, Київ. ун-т права. К. : Вид. Нац. бібл. ім. В. М. Вернадського, 2010. 186 с.
8. Holmes O. Collected Legal Papers / O. Holmes. – N.–Y. : Harcourt, Brace & Howe, 1920. – 316 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://my-shop.ru/shop/books/977508.html>. – Назва з титул. екрану (дата звернення: 28.10.2018 р.).
9. Богініч О. Л. Принципи права: окремі онтологічні, гносеологічні та аксіологічні проблеми. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 103-108.
10. Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; 12.00.02. К., 1999. 388 с.
11. Уварова О. О. Роль принципів права у процесі правозастосування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Х., 2009. 178 с.
12. Прийма С. Принцип розумності тлумачення норм права. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2012. № 3. С. 38-42.
13. Вердиян Г. Добросовестность как один из пределов осуществления гражданских прав. *Право и жизнь*. 2012. № 2 (64). С. 23-28.
14. Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М. : АО «ЦентрЮрИнфоР», 2002. 508 с.
15. Шевчук С. В. Основи конституційної юриспруденції : навч. посіб. Х. : Консум, 2002. 294 с.
16. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
17. Емельянов, В. П.. Гражданское право Украины : практ. пособие. Изд. 2-е, испр. и доп. Х. : Консум, 1996. 467 с.
18. Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві : монографія. Харків : ХНПУ, 2020. 140 с.
19. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року № 4651-VI // Відом. Верхов. Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12. Ст. 88.
20. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (дата звернення: 14.11.2020 р.).
21. Рішення Європейського Суду з прав людини від 17.10.2019 р. по справі «Полях та інші проти України» (Заява № 58812/15). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e71#Text (дата звернення: 17.11.2020 р.).

Bogdan Strashinsky,

graduate student of the Koretsky Institute of state and lawNational Ukrainian Academy of sciences

PUBLIC POTENTIAL IN FIGHT AGAINST CRIME IN UKRAINE: PROBLEMS OF REGULATORY REGULATION

Громадський потенціал у протидії злочинності в Україні: проблеми нормативно-правового регулювання

Vasyl Stroyich

Key words:

crime, mechanisms of counteraction to crime, public, criminogenic threats, legal norms, normative-legal regulation, principle of legality, national legislation, security.

Ключові слова:

злочинність, механізми протидії злочинності, громадськість, криміногенні загрози, правові норми, нормативно-правового регулювання, принцип законності, національне законодавство, безпека.

Постановка проблеми. Сучасні українські реалії диктують, що для зміцнення правопорядку у державі недостатньо лише цілеспрямованих та високоорганізованих дій з боку владних структур і правоохоронних сил, але й доконечною є консолідація зусиль громадського потенціалу у цій діяльності. Охорона громадського порядку та забезпечення безпеки суспільства, дотримання законності й зміцнення правопорядку у кожній країні, передусім і в Україні, є неможливими без активної позиції у цій діяльності громадян. Разом з тим повноцінній інфільтрації громадськості до системи антикримінальних практик перешкоджає інертність національного законодавства, певна його несполучність із динамізмом суспільних викликів у сфері протидії злочинності. Елімінація цих прогалин можлива лише за наявності належної наукової платформи, у структурі якої значне місце відводиться проблемам структурно-функціонального аналізу правових модусів реагування на криміногенні загрози шляхом залучення громадського потенціалу. Тобто, системним змінам законодавчого забезпечення залучення громадськості до запобігання злочинності з об'єктивною необхідністю має аналіз наявної нормативно-правової структури та функціональних зв'язків їх складових як між собою, так із кримінально-превентивною практикою.

Аналіз досліджень і публікацій. Кримінологічні аспекти запобігання злочинності із використанням потенціалу громадськості розкривалися у наукових працях таких вчених, як О. Бандурки, В. Батиргарєєвої, А. Благі, В. Борисова, О. Ведернікової, В. Голіна, І. Гальперіна, О. Гаврилова, Б. Головіна, Т. Денисової, А. Долгової, А. Закалюка, В. Захарова, К. Ігошева, Д. Каблова, А. Калініної, О. Литвинова, С. Лукашевич, М. Марченко, В. Московця, О. Музичука, Н. Орловська, О. Самойлової, О. Сахарова, В. Шакуна, В. Уткіна, І. Яковець та ін. Особливо великий пласт роботи у розвитку цього наукового напрямку здійснили вчені В. Голіна, М. Колодяжний та С. Шрамко, які досить ґрунтовно розкрили феномен цього явища. Втім, динамічні суспільні зміни, пов'язані із сучасними викликами щораз актуалізують необхідність нового наукового осмислення цієї проблематики.

Мета статті полягає у визначенні стану та перспектив розвитку законодавчого забезпечення залучення громадського потенціалу до запобігання злочинності в Україні.

Виклад основного матеріалу. Сфера боротьби зі злочинністю, утвердження законності та правопорядку є одним із найвагоміших і надтермінових завдань, які стоять перед державою й вирішення котрих, потребує абсолютного регулювання нормами права. Запобігання злочинності тісно взаємопов'язане із послідовним дотриманням принципу законності та забезпечується всебічним нормативно-правовим регулюванням¹. Саме у цьому аспекті можемо говорити й про створення правових засад запобіжної діяльності².

Запобігання злочинності регулюється фактично цілим національним законодавством, норми, які містять запобіжний потенціал, закріплені на всіх рівнях і у всіх галузях права. Відтак, аналіз структури правового забезпечення запобіжної діяльності є принципіальним: по-перше, для запобігання злочинам зусил-

¹ Корнякова Т. В. Кримінологічні засади запобігання органами прокуратури злочинам проти довілля. Київ: Ін Юре, 2011. 407 с.

² Громадськість у запобіганні і протидії злочинності: вітчизняний та міжнародний досвід / В. В. Голіна, М. Г. Колодяжний, С. С. Шрамко та ін.; за заг. ред. В. В. Голіни, М. Г. Колодяжного. Харків: Право, 2017. 284 с

лями громадськості, позаяк успішність такої діяльності значною мірою залежить від якості та повноти цієї нормативної бази; по-друге, ефективність реалізації кримінологічної запобіжної функції вимагає обізнаності (правильної орієнтації) суб'єктів запобігання у складному та доволі значному масиві нормативних положень; по-третє, всебічне знання структури правових засад запобігання злочинності сприятиме виробленню науково-обґрунтованих напрямків їх удосконалення³.

Теоретичні уявлення щодо меж предмета правового регулювання запобіжної діяльності громадськості серед науковців викликають певні розбіжності⁴. Підтримуємо позицію С. Шрамко, що правові норми виконують особливу роль у здійсненні запобіжної функції громадськості, позаяк її діяльність безперечно призводить до втручання в особисті інтереси громадян, впливає на реалізацію ними своїх суб'єктивних прав, а також на них додаткові обов'язки. Правові норми: забезпечують належну поведінку як з боку об'єднань громадян, так і окремих осіб; створюють необхідні передумови забезпечення законності; визначають його підстави та межі; регулюють обсяг прав і обов'язків його суб'єктів та об'єктів⁵.

Джерелом правового регулювання участі громадськості в запобіганні злочинності є законні та підзаконні акти, які по-різному структуруються дослідниками⁶. У спеціальній літературі вони виокремлюються у шість груп, така схема структури, на нашу думку, є найбільш вдалою. До першої групи відноситься Конституція України та міжнародні нормативно-правові акти, ратифіковані Верховною Радою України, в яких справедливість, гуманізм і законність є основними принципами боротьби зі злочинністю та поведження зі злочинниками. Друга група представлена законодавчими актами, що регламентують здебільшого кримінально-правову площину боротьби зі злочинністю. Третю групу складають закони та підзаконні акти, що регламентують боротьбу зі злочинністю за окремими напрямками цієї діяльності. Четверта група – це закони та підзаконні акти, що визначають повноваження, функції та завдання органів, які безпосередньо задіяні до боротьби зі злочинністю, тобто є їх професійним обов'язком. До п'ятої групи належать закони та підзаконні акти, які, власне, і регулюють участь громадськості у протидії зі злочинності⁷. Шоста група представлена нормами адміністративного права, які визначають підстави та порядок здійснення заходів адміністративного примусу, припинення та покарання⁸.

Основоположним документом у державі є Конституція України, яка у ст. 27 закріплює за громадянами право захищати своє життя та здоров'я, життя та здоров'я інших людей від протиправних посягань. Права і свободи громадян, дотримання принципу гуманізму та законності, визначальний принцип участі громадськості у протидії злочинності – добровільність, визначаються цілю низкою міжнародних актів, які ратифіковані Україною. Серед них зокрема можна виокремити Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Отже, всі громадяни держави наділені правом, якщо на це немає окремих законних обмежень, брати участь у запобіганні злочинності⁹.

Важливі положення щодо ролі громадськості та обов'язковості її участі в протидії злочинності містяться в Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми та Конвенції ООН проти корупції. Приміром, у Конвенції ООН проти корупції наголошується, що ефективна реалізація антикорупційної політики держави повинна ґрунтуватися на комплексному застосуванні примусових запобіжних й просвітницьких процедур, які можуть бути забезпечені лише за умови спільної участі органів влади та громадськості¹⁰.

Вагому роль у формуванні міжнародно-правової бази у цій сфері здійснюють конгреси ООН зі запобігання злочинності і кримінального правосуддя. У процесі роботи яких ухвалюються відповідні рішення та рекомендації для країн-учасників, серед них слід відзначити¹¹: Керівні принципи ООН для запобігання злочинності

³ Противодействие преступности: теория, практика, проблемы : монография. Х. : Изд-во Нац. ун-та внутр. дел, 2005. 302 с.

⁴ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

⁵ Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 29.11.2020).

⁶ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 29.11.2020).

⁷ Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_858#Text (дата звернення: 29.11.2020).

⁸ Конвенція ООН проти корупції. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text (дата звернення: 29.11.2020).

⁹ Кримінально-виконавчий кодекс України: Науково-практичний коментар. За заг. ред. В. В. Коваленка, А. Х. Степанюка. Київ: Атіка, 2012. 492 с.

¹⁰ Закон України «Про запобігання корупції». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

¹¹ Закон України «Про протидію торгівлі людьми». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3739-17#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

серед неповнолітніх, Керівні принципи у галузі запобігання злочинності та кримінального правосуддя, Декларація про керівні принципи зменшення попиту на наркотики та інші. У документах наголошується, що досягнути ефективності у запобіганні злочинності можна лише зусиллями всього суспільства. Більше того, залучення громадськості визначається ООН як одна із прямих стратегій запобігання злочинності, зокрема пропонуються конкретні форми та методи такої участі. Вибір Україною євроінтеграційного курсу зобов'язує орієнтуватися на міжнародні правові акти та практику залучення громадського потенціалу до запобіжної діяльності¹.

У контексті національного законодавчого закріплення запобіжного потенціалу громадськості в місцях позбавлення волі доцільним буде розглянути норми Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України), у ст. 5 якого серед принципів кримінально-виконавчого законодавства закріплюється участь громадськості в діяльності органів і установ виконання покарань. Згідно зі ст. 25 КВК України об'єднання громадян, релігійні та благодійні організації, окремі особи можуть надавати допомогу органам та установам виконання покарань у виправленні засуджених й проведенні соціально-виховної роботи². З метою забезпечення громадського контролю за дотриманням прав засуджених під час виконання кримінальних покарань відповідно до ч. 2 ст. 25 КВК України створюються спостережні комісії. Втім, вичерпного переліку форм участі громадськості у виправленні та ресоціалізації засуджених КВК України не встановлює. В окремих нормах Кодексу конкретизовані лише питання участі у цьому процесі релігійних організацій (ст. 128 КВК України) та закріплені основні форми участі громадськості у виправленні й ресоціалізації неповнолітніх засуджених (ст. 149 КВК України)³. Таким чином, участь громадськості в організації громадського контролю за дотриманням прав та законних інтересів засуджених, а також у сприянні установам виконання покарання у їх виправленні, ресоціалізації та створенні належних умов тримання вважається одним із перспективних напрямків запобіжної роботи у місцях позбавлення волі.

Світовий досвід у сфері боротьби зі злочинністю показує, що успішне запобігання злочинності можливе лише із-за участі громадськості. В Україні у цьому аспекті є певна практика, можливість залучення громадськості до запобігання окремим злочинним проявам було закріплено на законодавчому рівні⁴. До таких нормативно-правових актів відносяться: Закон України «Про запобігання корупції», Закон України «Про протидію торгівлі людьми», Закон України «Про боротьбу з тероризмом», Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» та інші.

Участь громадськості у запобіганні злочинності є вагомим складовою діяльністю, яка спрямована на забезпечення законності, правопорядку та громадської безпеки. Такі завдання повинні вирішуватися в умовах тісної взаємодії з державними органами, насамперед, із основним суб'єктом у сфері протидії злочинності – поліцією. Основними повноваженнями Національної поліції України є: 1) здійснення превентивної та профілактичної діяльності, спрямованої на запобігання вчиненню правопорушень; 2) виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню кримінальних та адміністративних правопорушень, вжиття у межах своєї компетенції заходів для їх усунення; 3) здійснення заходів з метою виявлення кримінальних, адміністративних правопорушень; припинення виявлених кримінальних та адміністративних правопорушень; 4) вжиття заходів, спрямованих на усунення загроз життю та здоров'ю фізичних осіб і публічній безпеці, що виникли внаслідок учинення кримінального, адміністративного правопорушення; 5) вжиття заходів для забезпечення публічної безпеки і порядку на вулицях, площах, у парках, скверах, на стадіонах, вокзалах, в аеропортах, морських та річкових портах, інших публічних місцях; 6) регулювання дорожнього руху та здійснення контролю за дотриманням правил дорожнього руху його учасниками та за правомірністю експлуатації транспортних засобів на вулично-дорожній мережі тощо⁵.

У Законі України «Про національну поліцію» взаємодія із населенням на засадах партнерства розглядається як один із принципів діяльності поліції (п. 1 ст. 11). Також статтями закону передбачені спільні проекти поліції із громадськістю (ст. 89), націлені на задоволення потреб населення, виявлення та усунення проблем, що пов'язані зі здійсненням поліцейської діяльності та покращенням ефективності виконання поліцією покладених на неї завдань⁶.

¹ Закон України «Про боротьбу з тероризмом». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

² Закон України «Про попередження насильства в сім'ї». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2789-14#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

³ Закон України «Про Національну поліцію». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

⁴ Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

⁵ «Про додаткові заходи щодо поліпшення діяльності органів внутрішніх справ та громадських формувань з охорони громадського порядку». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650/99#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

⁶ Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1835-14#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

Окрім цього, згідно Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативним підрозділам міліції надається право мати гласних і негласних, штатних та позаштатних працівників, а також отримувати від юридичних або фізичних осіб безкоштовно чи за винагороду інформацію про злочини, які готуються або вчинені, та про загрозу безпеці суспільства та держави.

Отже, проаналізувавши проблему нормативно-правового забезпечення участі громадськості у запобіжній діяльності, необхідно відзначити, що основні акти, які регламентують їх діяльність, були ухвалені у радянський період. У зв'язку із розпадом попередньої системи функціонування держави частина цих актів втратила чинність, інша є застарілою. Тому очевидним є те, що серйозною перешкодою існування та розвитку громадського запобігання злочинності постає саме відсутність нормативно-правових актів, які забезпечують та регламентують таку діяльність⁷.

Одним із перших документів незалежної України, виданий з метою посилення впливу громадськості на стан правопорядку, став Указ Президента України «Про додаткові заходи щодо поліпшення діяльності органів внутрішніх справ та громадських формувань з охорони громадського порядку»⁸.

Вагоме місце у системі національного законодавства, яким визначаються правові засади діяльності громадських формувань правоохоронної спрямованості, посідає Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону». Згідно цього Закону громадські формування з охорони громадського порядку створюються на добровільних засадах із метою сприяння органам місцевого самоврядування, правоохоронним органам та органам виконавчої влади у запобіганні адміністративних правопорушень та злочинів, захисті життя та здоров'я громадян, інтересів суспільства й держави від протиправних посягань, профілактиці негативних явищ серед неповнолітніх та ін.

Важливе значення для визначення правового статусу, порядку організації та діяльності громадськості відіграють також Закон України «Про органи самоорганізації населення» та Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні».

У правовій державі демократичною та соціально-конструктивною формою організованого запобігання злочинності є розроблення, прийняття та реалізація спеціальних програм, які поєднують загально-соціальні й спеціально-кримінологічні заходи означеної діяльності. У програмах, які діяли в Україні, пріоритет надавався саме правовому забезпеченню правоохоронної діяльності та удосконаленню системи профілактики правопорушень. Ними передбачалося вивчення існуючої практики участі громадян та громадських формувань у діяльності з охорони громадського порядку.

Висновки. Узагальнивши вищезазначене вище, можна висновувати, що нормативно-правове регулювання участі громадського потенціалу в запобіганні злочинності передбачає собою систему нормативно-правових актів держави та її органів, які закріплюють цілі та завдання діяльності громадськості як суб'єкта запобігання злочинності, їх основні права та обов'язки, коло повноважень й основні форми та методи участі у запобіжній діяльності.

Розглянувши питання щодо правового забезпечення участі громадськості в запобіганні злочинності в Україні, слід зауважити, що сьогодні ця діяльність не регулюється на належному рівні. З огляду на це постає нагальна потреба у подальшому удосконаленні законодавства України в цьому напрямку, що, безумовно, сприятиме підвищенню ролі громадськості у запобіжній діяльності.

Анотація

Стаття присвячена дослідженню стану та перспектив розвитку законодавчого забезпечення залучення представників громадськості до запобігання злочинам. Встановлені та проаналізовані основні нормативно-правові акти відповідного спрямування на міжнародному, національному й місцевому рівнях. З'ясовано, що нормативно-правове регулювання участі громадського потенціалу в запобіганні злочинності передбачає собою систему нормативно-правових актів держави та її органів, які закріплюють цілі та завдання діяльності громадськості як суб'єкта запобігання злочинності, їх основні права та обов'язки, коло повноважень й основні форми та методи участі у запобіжній діяльності. Висновується, що питання правового забезпечення участі громадськості в запобіганні злочинності сьогодні на належному рівні не регулюється, тому постає нагальна потреба у подальшому удосконаленні законодавства України.

Annotation.

The article is devoted to the study of the state and prospects of development of legislative support for the involvement of public representatives in crime prevention. The basic normative-legal acts of the corresponding direction at the international, national and local levels are established and analyzed. It was found that the legal regulation of the participation of public potential in crime prevention involves a system of legal acts of the state

⁷ Закон України «Про органи самоорганізації населення». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2625-14#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

⁸ Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

and its bodies, which establish the goals and objectives of the public as a subject of crime prevention, their basic rights and responsibilities, powers and basic forms and methods of participation in preventive activities. It is concluded that the issue of legal support for public participation in crime prevention is not properly regulated today, so there is an urgent need to further improve the legislation of Ukraine.

References:

1. Корнякова Т. В. Кримінологічні засади запобігання органами прокуратури злочинам проти довкілля. Київ: Ін Юре, 2011. 407 с.
2. Громадськість у запобіганні і протидії злочинності: вітчизняний та міжнародний досвід / В. В. Голіна, М. Г. Колодяжний, С. С. Шрамко та ін.; за заг. ред. В. В. Голіни, М. Г. Колодяжного. Харків: Право, 2017. 284 с
3. Противодействие преступности: теория, практика, проблемы : монография. Х. : Изд-во Нац. ун-та внутр. дел, 2005. 302 с.
4. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
5. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 29.11.2020).
6. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 29.11.2020).
7. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_858#Text (дата звернення: 29.11.2020).
8. Конвенція ООН проти корупції. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text (дата звернення: 29.11.2020).
9. Кримінально-виконавчий кодекс України: Науково-практичний коментар. За заг. ред. В. В. Коваленка, А. Х. Степанюка. Київ: Атіка, 2012. 492 с.
10. Закон України «Про запобігання корупції». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
11. Закон України «Про протидію торгівлі людьми». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3739-17#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
12. Закон України «Про боротьбу з тероризмом». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
13. Закон України «Про попередження насильства в сім'ї». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2789-14#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
14. Закон України «Про Національну поліцію». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
15. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
16. «Про додаткові заходи щодо поліпшення діяльності органів внутрішніх справ та громадських формувань з охорони громадського порядку». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650/99#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
17. Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1835-14#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
18. Закон України «Про органи самоорганізації населення». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2625-14#Text> (дата звернення: 29.11.2020).
19. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 29.11.2020).

Vasyl Stroyich,

*Head of Department of criminal law and process
Training and research Institute of law,
psychology and innovative education
Lviv Polytechnic National University*

DIRECTIONS FOR IMPROVING THE LEGISLATION OF UKRAINE ON COUNTERSIGNATURE TAKING INTO ACCOUNT FOREIGN EXPERIENCE

Напрями удосконалення законодавства України про контрасигнацію з урахуванням зарубіжного досвіду

Oleg Sushko

Keywords:

countersignature, legislation, President, Government, foreign experience.

Ключові слова:

контрасигнація, законодавство, Президент, Уряд, зарубіжний досвід.

Постановка проблеми. Чинна Конституція України принцип розподілу гілок влади закріпила як один із основних принципів організації і функціонування державної влади, значення якого полягає у збалансуванні державно-владних повноважень між органами державної влади, запобіганні зосередженню всієї повноти влади у віданні одного з них і забезпеченні тим самим дієвої системи стримувань і противаг. Як показує світовий досвід, важливу роль у цьому процесі відіграє інститут контрасигнації. Основним Законом України передбачена контрасигнація актів глави держави, специфіка якої полягає в тому, що Президент України не є головою виконавчої влади, не належить до жодної з гілок влади, має особливе місце, уособлює державу; він має широке коло повноважень і меншу кількість обов'язків. Сучасне місце Президента над усіма гілками державної влади тягне багато негативних наслідків, серед яких неефективність інституту контрасигнації. Причиною його неефективності, в більшій мірі, є недосконалість нормативного регулювання. Про це раніше вже наголошували такі українські вчені-конституціоналісти як Я. О. Берназюк, С.П. Головатий, О.О. Іванець, П.А. Рудик, О.В. Радченко та ін.

Мета наукової статті – визначення напрямів удосконалення законодавства України про контрасигнацію з урахуванням зарубіжного досвіду.

Виклад основного матеріалу дослідження. Характеризуючи стан нормативного закріплення контрасигнації в Україні, зупинимось на основних і найбільш життєво важливих проблемах, що реально заважають її ефективній реалізації.

Так, згідно з ч. 4 ст. 106 Конституції України акти Президента України, видані в межах повноважень, передбачених пп. 5, 18, 21 ч. 1 ст. 106, скріплюють підписами Прем'єр-міністр України і міністр, відповідальний за акт та його виконання. Це повноваження щодо:

п. 5 – призначення та звільнення глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях; приймання вірчих і відкличних грамот дипломатичних представників іноземних держав;

п. 18 – очолення Ради національної безпеки і оборони України;

п. 21 – приймання у разі необхідності рішення про введення в Україні або в окремих її місцевостях надзвичайного стану, а також оголошення у разі необхідності окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації – з наступним затвердженням цих рішень Верховною Радою України¹.

Отже, перелік повноважень Президента України, акти по здійсненню яких підлягають контрасигнації, не значний порівняно з багатьма країнами світу – три з 29 закріплених Конституцією.

Аналіз сфер суспільних відносин, акти Президента щодо регулювання яких потребують контрасигнування, дає підстави для висновку про те, що це сфери зовнішньої політики, національної безпеки та оборони, установча сфера. Окрім Конституції України, дані питання регулюються низкою спеціальних нормативно-правових актів, серед яких Закони України «Про дипломатичну службу» від 07.06.2018 р., «Про Раду національної безпеки і оборони України» від 05.03.1998 р., «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16.03.2000 р., «Про зону надзвичайної екологічної ситуації» 13.07.2000 р. та ін. Процедурні аспекти кон-

¹ Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. (Із змінами).

трасигнування визначені Законом України «Про Кабінет Міністрів України» від 27.02.2014 р. та Регламентом Кабінету Міністрів України, затвердженим Постановою Уряду від 18.07.2007 р.

Аналізуючи чинні норми про контрасигнацію, можна констатувати, що нинішній стан її нормативного регулювання залишає неврегульованими багато питань, деякі з яких, до речі, були закріплені у Законі «Про Кабінет Міністрів України» 2006 року. Серед них слід виділити:

- 1) невизначеність часу здійснення процедури скріплення (до чи після їх підписання главою держави; до чи після їх офіційного оприлюднення);
- 2) невстановлення форми, у якій відбувається скріплення;
- 3) неврегульованість можливості та правових наслідків відмови Прем'єр-міністра України або міністра, відповідального за акт та його виконання, скріпити підписами відповідні акти Президента України;
- 4) прогалини у питанні вирішення можливої розбіжності у поглядах міністрів та Прем'єр-міністра з приводу контрасигнування відповідного акту;
- 5) відсутність регламентації відповідальності Прем'єр-міністра за здійснюване ним скріплення поряд з відповідальністю міністрів, що контрасигнують акт Президента України;
- 6) відсутність унормування процедури скріплення не тільки самих актів глави держави, що потребують такого скріплення відповідно до Конституції України, а і актів про внесення змін до них;
- 7) нез'ясованість моменту офіційного оприлюднення актів Президента, що підлягають контрасигнації, моменту набуття ними чинності.

Спроба детального урегулювання цієї процедури у спеціальному законі у 2000 році виявилась безрезультатною – проект Закону України «Про скріплення підписами посадових осіб актів Президента України» від 05.07.2000 р. № 5436 мав багато суперечливих та необґрунтованих норм. Серед положень цього проекту, що могли би бути використані при врегулюванні інституту контрасигнації у подальшому, слід звернути увагу на наступні: 1) акти Президента України, видання яких Конституцією України пов'язуються із необхідністю їх скріплення підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання, набувають чинності і стають обов'язковими до виконання лише тоді, коли вони скріплені підписами зазначених посадових осіб; 2) не допускається скріплення актів Президента України підписами осіб, які тимчасово виконують обов'язки Прем'єр-міністра України або міністра, відповідального за акт та його виконання; 3) складовими оформлення факту скріплення підписом відповідної посадової особи акта Президента України є точне найменування посади, прізвище та ініціали посадової особи, її підпис, дата вчинення підпису; 4) акт Президента України спочатку скріплює своїм підписом відповідний міністр, потім – Прем'єр-міністр України¹.

Не заперечуючи важливості удосконалення норм чинного законодавства про Уряд щодо контрасигнації (зокрема, розділу VI Закону України «Про Кабінет Міністрів України»², глави 3 Регламенту Кабінету Міністрів України³), слід акцентувати увагу на необхідності також прийняття єдиного законодавчого акта про Президента України. Наразі основні положення регулюються Конституцією України, але обмежений обсяг останньої означає неможливість детального зазначення усіх необхідних правових норм та повноважень у межах лише Основного Закону, що зробило б його громіздким і, як наслідок, малоефективним. Впровадження спеціального правового акта, з огляду на відсутність органічного законодавства в Україні, є бажаним. Це є нетрадиційним для правової системи нашої держави, хоча чинна Конституція у ст. ст. 77, 103, 107, 116 тощо і встановлює обов'язковість прийняття окремих законів. Фактично для інституту Президента було зроблено виняток, адже Основний Закон не вимагає прийняття закону щодо визначення саме повноважень Президента України, і, як наслідок, закріплює основні з них у Конституції, що унеможлиблює внесення змін до останніх без наявності конституційної більшості, на відміну від звичайних законодавчих актів, які, регулюють статус інших органів влади, зокрема Кабінету Міністрів України⁴. Вважаємо, як і інші науковці⁵, за доцільне прийняття Закону «Про Президента України», який і визначав би форми та механізми реалізації главою держави своїх конституційних повноважень, з присвяченням окремого розділу питанням контрасигнації його актів. Наразі існує декілька варіантів комплексної регламентації особливостей функціонування Президента України – законопроекти № 3340 від 09.06.1999 р., №3340-1 від 29.09.1999

¹ Про скріплення підписами посадових осіб актів Президента України: Проект Закону України № 5436 від 05.07.2000 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=8733

² Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27.02.2014 р. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 13. Ст. 222. (Із змінами).

³ Про затвердження Регламенту Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р. Офіційний вісник України. 2007. № 54. Стор. 21. Ст. 2180.

⁴ Іванець О. О. Порівняльний аналіз правового статусу Президента у Французькій республіці та Україні. Часопис Київського університету права. 2014/1. С. 357.

⁵ Рудик П. А. До питання нового статусу Президента України в контексті конституційних змін. Часопис Київського університету права. 2008. №2. С. 70.

р., №0936 від 14.05.2002 р., №7248 від 31.10.2017 р.⁶ Втім, зважаючи на неприйняття Верховною Радою України цих законопроектів і виходячи з встановленої невідповідності їхніх приписів реальним потребам суспільства і держави, відсутністю в їх текстах чітко прописаного механізму контрасигнації актів глави держави вважаємо за необхідне передусім вдосконалення правового статусу Президента в цілому та інституту контрасигнації зокрема на конституційному рівні та після цього вже прийняття відповідного Закону «Про Президента України» (по прикладу Вірменії⁷, Казахстану⁸, Киргизії⁹ тощо).

Норми про контрасигнацію також повинні бути закріплені у єдиному нормативно-правовому акті, який установлював би вимоги щодо розроблення нормативно-правових актів, їхнього прийняття, набрання ними чинності, обліку, системи, видів, ієрархії та нормопроєктувальної техніки. Таку роль мав би виконувати досі не прийнятий Закон України «Про нормативно-правові акти». У Верховній Раді України перебували на розгляді Проекти Закону «Про нормативно-правові акти» №2577 від 21.02.2007 р., № 1343 від 14.01.2008 р., № 7409 від 01.12.2010 р., №7409-1 від 15.12.2010 р, №0922 від 12.12.2012 р., однак через низку причин, здебільшого брак якості, вони так і не набули чинності¹⁰.

Спираючись на конституційно-правову практику зарубіжних країн (наприклад, Естонія, Казахстан, Литва, Молдова, Румунія, Франція, Чехія, Японія) доцільно вести мову про введення в українське законодавство інституту контрасигнації актів уряду. До того ж, у Проекті коаліційної угоди 2014 року передбачалась урядова реформа, в рамках якої повинна бути введена обов'язкова контрасигнація рішень Кабінету Міністрів України міністрами, в сферу яких відноситься реалізація відповідного рішення¹¹. Контрасигнування Президента має бути передбачено для рішень Прем'єр-міністра. Конституція краще зможе забезпечити принцип поділу влади і обмежити владу президента, надавши йому право видавати укази тільки в чітко визначених сферах з обов'язковим контрасигнуванням за умови, що ці акти не суперечитимуть законам. Тим часом, конституція може захистити від збільшення влади Прем'єр-міністра, закріплюючи за президентом контрасигнування постанов уряду в залишкових сферах. Взаємні вимоги контрасигнування підвищать підзвітність дуалістичної виконавчої влади і тим самим захистять розподіл повноважень та забезпечать існування парламенту як основного джерела законодавства і права. Контрасигнацію як спосіб затвердження або скасування акта екстраординарного законодавства можна назвати наступним активним способом контролю, коли парламент обов'язково повинен висловити свою точку зору і прийняти остаточне рішення про долю акта уряду. Подальший контроль (control ex post) з боку парламенту як елемент механізму стримування екстраординарного законодавства може виступати ефективною гарантією від трансформації законотворчої функції в одну з функцій органів виконавчої гілки влади. Вважається, що парламентський контроль виконавчої гілки влади, включаючи контроль екстраординарного законодавства, є істотним завданням будь-якої демократичної країни.

Про доцільність запровадження контрасигнації актів парламенту в нашій країні мова йде в розроблених пропозиціях щодо удосконалення виконавчої влади. Сутність цих інновацій у сфері виконавчої влади полягає в оновленні Закону «Про Кабінет Міністрів України» щодо зміцнення виконавчої вертикалі, посилення відповідальності за розробку, виконання Програми діяльності Уряду та її звітування в Парламенті, перенесення тягаря підготовки і представлення законопроектів (професіоналізація законопроектної діяльності) до Уряду, запровадження обов'язкової контрасигнації законопроектів, підготовлених народними депутатами, Президентом України тощо¹². Корисним у цьому питанні буде досвід врегулювання контрасигнації актів парламентів Австрії, Великої Британії, Казахстану, Нідерландів, Фінляндії, Чехії, Японії.

Контрасигнація актів місцевого самоврядування в Україні сьогодні є актуальним питанням. Вона не передбачена чинним законодавством України (не можна плутати контрасигнацію актів місцевого самоврядування з візуванням таких актів, яке здійснюється службовцями ради у переважній більшості місцевих рад¹³), однак робота в цьому напрямку ведеться. Ще у 2008 році відбулася спроба поставити місцеве само-

⁶ Про Президента України: Проекти Закону № 3340 від 09.06.1999 р.; №3340-1 від 29.09.1999 р.; №0936 від 14.05.2002 р.; № 7248 від 31.10.2017 р. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2>

⁷ О Президенте Республики Армения: Закон Республики Армения от 01.08.1991 г. URL: <http://www.concourt.am/hr/armenia/rus/ssrfmy.htm>

⁸ О Президенте Республики Казахстан: Конституционный закон Республики Казахстан от 26.12.1995 г. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004068#pos=5;-108

⁹ О гарантиях деятельности Президента Кыргызской Республики и статусе экс-президента Кыргызской Республики: Закон Кыргызской республики от 18.07.2003 г. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1278?cl=ru-ru>

¹⁰ Про нормативно-правові акти: Проекти Закону №2577 від 21.02.2007 р., № 1343 від 14.01.2008 р., № 7409 від 01.12.2010 р., №7409-1 від 15.12.2010 р, №0922 від 12.12.2012 р. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2>

¹¹ Проект коаліційної угоди. URL: http://www.afo.com.ua/doc/Coalition_Agreement_2014.pdf

¹² Проект ключових пріоритетів проведення реформ в Україні «Принципи Торонто». URL: <https://rpr.org.ua/news/pryntsypry-toronto-pryjednatysya/>

¹³ Структура органів місцевого самоврядування та процедури ухвалення рішень. URL: <https://imi.org.ua/advice/struktura-organiv-mistseвого-samovryaduvannya-ta-protseduri-uhvalennya-rishen-i2364>

врядування під повний контроль президентської гілки влади через запропоновані серед першочергових президентських законопроектів зміни до законів України про місцеві державні адміністрації та місцеве самоврядування, в яких передбачалась вимога обов'язкової контрасигнації (скріплення підписом) голови місцевої державної адміністрації всіх рішень відповідної ради. Обґрунтування введення такої вимоги полягало в меті запобігання «самодурства» місцевих рад, що нібито можуть приймати антиконституційні акти (про це зазначав заступник голови Секретаріату Президента України І. Пукшин). З огляду на такі президентські пропозиції багато з посадовців місцевого самоврядування говорили про фактичне скасування місцевого самоврядування в умовах, коли кожне рішення місцевих влад залежатиме від волі і настрою однієї призначеної президентом і непідзвітною територіальним громадам посадової особи. Науковці різко висловлювались щодо запропонованих змін, ставлячи питання: «чому замість зрозумілого всім (й загальноприйнятого в демократичному світі) механізму судового оскарження таких рішень Президентом України пропонується альтернатива «самодурства» тепер вже з боку голів держадміністрацій?»¹.

Запровадження інституту префекта було метою законопроекту «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)» від 01.07.2015 року² та законопроекту «Про префектів» від 16.11.2015 року³. Зазначені проекти законів базуються на європейському досвіді, зокрема на досвіді Франції. Саме ця країна своїм прикладом є важливою для України, оскільки, реалізуючи децентралізацію, Франція зберігає свою унітарність. До того ж нею була досягнута збалансованість між переданими повноваженнями органам місцевого самоврядування та контролем префектам, на відміну від Італії, Іспанії та Німеччини, де цей баланс порушено. У п.1.1.4 Проекту коаліційної угоди 2014 року також вказувалось про перспективи впровадження прозорих механізмів адміністративного нагляду органів державної влади за органами місцевого самоврядування, які не суперечитимуть принципам Європейської хартії місцевого самоврядування і не блокуватимуть діяльність органів місцевого самоврядування у разі виникнення спірних питань, а також про реорганізацію місцевих державних адміністрацій в органи префектурного типу. За внесеним Президентом України до Верховної Ради України проектом Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)» від 13.12.2019 р. № 2598⁴ замість місцевих державних адміністрацій заплановане введення інституту префекта з метою створення ефективного нагляду за додержанням приписів Конституції України та законністю рішень органів місцевого самоврядування.

Однак, у питанні закріплення контрасигнації актів місцевого самоврядування варто враховувати, що в усіх без винятку розвинених демократіях місцеве самоврядування є незалежним і не підконтрольним органам державної влади, парламенту чи президенту. Досвід багатьох розвинутих країн свідчить про те, що пряме державне управління на місцях відіграє, зазвичай, позитивну роль у місцевому управлінні, підсилюючи значимість державних інтересів перед місцевими. Водночас у країнах, що розвиваються, пряме державне управління на місцях може вступати у протиріччя з місцевим самоврядуванням і навіть підміняти його. Така «взаємодія» цих двох суб'єктів регулювання суспільних відносин негативно впливає на демократизацію державного управління. Запровадження контрасигнації актів місцевого самоврядування в Україні вважається неприйнятним у контексті реформи децентралізації, яка була започаткована в 2014 році Концепцією реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні⁵ та сьогодні набирає обертів.

Висновки. Таким чином, основними напрямками удосконалення законодавства України про контрасигнацію є: внесення змін до ст. 106 Конституції України щодо контрасигнації актів Президента України; деталізація контрасигнування в поточному законодавстві з доопрацюванням норм чинного законодавства про Уряд, з прийняттям Законів «Про Президента України» та «Про нормативно-правові акти». Спираючись на конституційно-правову практику зарубіжних країн доцільно вести мову про введення в українське законодавство контрасигнацію актів Уряду і Парламенту.

Анотація.

Статтю присвячено визначенню напрямів удосконалення законодавства України про контрасигнацію з урахуванням зарубіжного досвіду. Охарактеризовано стан нормативного закріплення контрасигнації в Україні, виявлено основні і найбільш життєво важливі проблеми, що реально заважають її ефективній

¹ Радченко О. В. Система стримувань і противаг гілок влади як ціннісний імператив українського політикуму. Актуальні проблеми державного управління. 2008. № 2. С. 69-78. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/apdu/2008-2/doc/1/08.pdf>

² Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): Проект Закону від 01.07.2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812

³ Про префектів: Проект Закону від 16.11.2015 р. URL: <http://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2016/01/prefekti-16.11..pdf>

⁴ Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): Проект Закону від 13.12.2019 р. № 2598. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67644

⁵ Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 01.04.2014 р. Офіційний вісник України. 2014. № 30. Стор. 18. Ст. 831.

реалізації. Проведено змістовний аналіз положень чинних нормативно-правових актів з питань контра-сигнації актів Президента України. На підставі аналізу зарубіжного досвіду нормативного регулювання контрасигнації, розроблено пропозиції щодо удосконалення цього правового інституту в Україні.

Abstract.

The article is devoted to the definition of directions of improvement of the legislation of Ukraine on countersignature taking into account foreign experience. The state of normative consolidation of countersignature in Ukraine is characterized, the main and most vital problems that really hinder its effective implementation are revealed. A meaningful analysis of the provisions of current regulations on countersignature of acts of the President of Ukraine. Based on the analysis of foreign experience in the regulatory regulation of counter-signatures, proposals have been developed to improve this legal institution in Ukraine.

References:

1. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. (Із змінами).
2. Про скріплення підписами посадових осіб актів Президента України: Проект Закону України № 5436 від 05.07.2000 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=8733
3. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27.02.2014 р. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 13. Ст. 222. (Із змінами).
4. Про затвердження Регламенту Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р. Офіційний вісник України. 2007. № 54. Стор. 21. Ст. 2180.
5. Іванець О. О. Порівняльний аналіз правового статусу Президента у Французькій республіці та Україні. Часопис Київського університету права. 2014/1. С. 355-359.
6. Рудик П. А. До питання нового статусу Президента України в контексті конституційних змін. Часопис Київського університету права. 2008. №2. С. 69-74.
7. Про Президента України: Проекти Закону № 3340 від 09.06.1999 р.; №3340-1 від 29.09.1999 р.; №0936 від 14.05.2002 р.; № 7248 від 31.10.2017 р. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2>
8. О Президенте Республики Армения: Закон Республики Армения от 01.08.1991 г. URL: <http://www.concourt.am/hr/armenia/rus/ssrfmy.htm>
9. О Президенте Республики Казахстан: Конституционный закон Республики Казахстан от 26.12.1995 г. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004068#pos=5;-108
10. О гарантиях деятельности Президента Кыргызской Республики и статусе экс-президента Кыргызской Республики: Закон Кыргызской республики от 18.07.2003 г. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1278?cl=ru-ru>
11. Про нормативно-правові акти: Проекти Закону №2577 від 21.02.2007 р., № 1343 від 14.01.2008 р., № 7409 від 01.12.2010 р., №7409-1 від 15.12.2010 р., №0922 від 12.12.2012 р. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2>
12. Проект коаліційної угоди. URL: http://www.afo.com.ua/doc/Coalition_Agreement_2014.pdf
13. Проект ключових пріоритетів проведення реформ в Україні «Принципи Торонто». URL: <https://rpr.org.ua/news/pryntsyru-toronto-pryjednatysya/>
14. Структура органів місцевого самоврядування та процедури ухвалення рішень. URL: <https://imi.org.ua/advice/struktura-organiv-mistseвого-samovryaduvannya-ta-protseduri-uhvalennya-rishen-i2364>
15. Радченко О. В. Система стримувань і противаг гілок влади як ціннісний імператив українського політикуму. Актуальні проблеми державного управління. 2008. № 2. С. 69-78. URL: <http://www.kbuara.kharkov.ua/e-book/apdu/2008-2/doc/1/08.pdf>
16. Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): Проект Закону від 01.07.2015 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812
17. Про префектів: Проект Закону від 16.11.2015 р. URL: <http://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2016/01/prefekti-16.11..pdf>
18. Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): Проект Закону від 13.12.2019 р. № 2598. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67644
19. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 01.04.2014 р. Офіційний вісник України. 2014. № 30. Стор. 18. Ст. 831.

Oleg Sushko,

graduate student Vasyl' Stus Donetsk National University

ACTIVITIES OF COURTS OF GENERAL JURISDICTION IN THE SYSTEM OF ENSURING THE CONSTITUTIONAL SECURITY OF UKRAINE

Oksana Svitlyk

Key words:

judicial support (control), constitutional support (control), constitutional security.

The leading role in the system of ensuring the constitutional security of Ukraine is played by the judiciary in Ukraine, whose activities are part of the mechanism created by the state to guarantee constitutional values.

As B. Olkhovsky and E. Olkhovsky rightly point out, the Constitution of Ukraine imposes on the state the primary obligation to ensure the protection and observance of human and civil rights. The judiciary is given a central place in the entire human rights mechanism. Many international instruments, including the Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by General Assembly Resolutions UN of 29 November and 13 December 1985, emphasized the obligation of States to create conditions of independent justice for the exercise of citizens' rights to judicial protection. The social value of the judiciary can be determined by establishing its usefulness for social development. The value of the judiciary in general lies primarily in its most important social purpose - to be an arbitrator in legal conflicts. In a democratic state governed by the rule of law, there must be an indisputable provision according to which only a single body, the court, has the final solution to a legal conflict. In a dispute over the legal nature of the provisions of the law, the judiciary, as the most qualified and adapted to perform the role of arbitrator, is most capable of this. Among the guarantees of protection of human and civil rights and freedoms is the guarantee of judicial protection. The existence of such a guarantee also largely determines the main value of the judiciary. According to Art. 55 of the Constitution of Ukraine, human and civil rights and freedoms are protected by the court. Everyone is guaranteed the right to appeal in court against decisions, actions or omissions of public authorities, local governments, officials and officials. The court can resolve the dispute of every citizen not only with any natural or legal person, but also with the state. Given that the provisions of the Constitution are the norms of direct action, in cases where other regulations do not protect a certain right of a citizen, the court is obliged to decide the case on the basis of the relevant article of the Constitution. This is based on the constitutional provisions according to which life and health, honor and dignity, inviolability and human security are recognized in Ukraine as the highest social value. Human rights and freedoms and their guarantees determine the content and direction of legal regulation¹.

As the constitutionalist F. Venislavsky rightly points out, examining specific forms and means of guaranteeing basic constitutional values by the judiciary, the legal mechanism of guaranteeing constitutional values should be understood as a holistic system of legal forms, means, procedures and institutions that ensure their constitutional consolidation in the process of constitutional reform. , prevention of narrowing or distortion of their content in the process of legislation, and unconditional compliance directly with law enforcement. This mechanism includes courts whose jurisdiction, in accordance with Part 2 of Art. 124 of the Constitution of Ukraine, applies to any legal dispute, a party to which may be any other state institution. In addition, the guaranteed right of everyone to go to court to protect the constitutional rights and freedoms of man and citizen directly on the basis of the Constitution of Ukraine (Part 3 of Article 8) belongs to the fundamental principles of the constitutional order of Ukraine, is one of the basic constitutional values. According to the scientist, the decisive role and importance of the judiciary in the legal mechanism of guaranteeing constitutional values is also due to its independence, the exercise of its powers in a special, legally established procedural form, the finality and universality of its decisions for all subjects. The most effective means of such a guarantee is the judicial protection of constitutional human rights and freedoms, as an integral part of the value system of Ukrainian society, because, admittedly, it is universal and virtually unalterable in the modern world. Although Article 3 of the Constitution of Ukraine does not directly refer to the rights and freedoms of the individual to the highest social values, they determine the content and direction of the state, and their approval and provision is determined by its main duty. This constitutional provision, given the above-mentioned guaranteed possibility to apply for protection of the violated right to court directly on the basis of the Constitution of Ukraine, provides for the possibility of appealing in court any decision, action or omission of a subject of power, if a person

¹ Ольховський Б., Ольховський Є. Конституційні засади судової влади в умовах формування правової держави. *Вісник Академії правових наук України*. Х. : Право, 2003. № 1(32). С. 45-51. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4719/1/Olkhovskyi_45.pdf. Дата перегляду: 01.10.2020

believes that they led or potentially may lead to violation or restriction of its constitutional rights and freedoms. Establishing at the constitutional level the responsibility of the state to a person for his activities, including the establishment and protection of his rights and freedoms, allows a person to seek judicial protection of any of his constitutional rights, the proper implementation of which the state has failed to ensure. Moreover, a person has a guaranteed right to claim compensation for damage caused to him by such decisions or actions (inaction) of government institutions or their representatives. It is with the aim of the fullest realization of the right to judicial protection against wrongful acts or omissions of subjects of power in Ukraine that a system of specialized administrative courts has been established. The effectiveness of the judicial method of guaranteeing constitutional values is due to the independence of the judiciary in the system of public authorities, which may be a party to a legal dispute, the exclusive right to decide which is vested in the judiciary. That is, only in court can be declared illegal any decision, action or inaction of any government institutions, their officials or officials, if they are made in excess of authority, in a form not provided by law, or not established by the Constitution and laws of Ukraine way. This allows the court to act as one of the most effective institutional guarantees for ensuring the observance in the process of functioning of the state-power mechanism of such basic values of modern constitutionalism as the legal restriction of public power and, as a consequence, social freedom in general.²

Article 124 of the Constitution of Ukraine stipulates that justice in Ukraine is administered exclusively by courts. Judicial proceedings are carried out by the Constitutional Court of Ukraine and courts of general jurisdiction. The jurisdiction of the courts extends to all legal relations arising in the state. This means that the right of a person (citizen of Ukraine, foreigner, stateless person, legal entity) to go to court to resolve the dispute can not be limited by law or other regulations. The purpose of justice is to resolve conflicts by considering constitutional, civil, criminal, economic and administrative cases in court in accordance with the procedural form established by law.

In order to realize the right of a person and a citizen to judicial protection, it is necessary that a person, firstly, has a certain level of legal education and legal culture, and, secondly, wants his own protection. Unfortunately, the citizens of Ukraine do not know all their rights and do not know how to protect them, they are not used to the possibility of judicial protection of their rights and freedoms and do not use this tool to the fullest. This is due to the fact that there are a large number of conflicts in Ukrainian legislation, unstable, often changing legislation. The judicial system suffers from excessive workload, underfunding, which creates its corruption³.

With the proclamation of Ukraine as an independent state, everyone's right to judicial protection has become one of the fundamental human rights guaranteed in the constitutional order. Enshrined in the constitutions of most developed countries, it occupies a prominent place in the structure of the constitutional and legal status of man and is a necessary factor. The right to justice is reflected in the basic principles of justice. Therefore, the content of this right consists of the following elements: access to justice; the right to appeal and cassation appeal against a court decision; independence and impartiality of the court; equality of all participants in the trial before the law and the court; right to protection; publicity of the trial; consideration of the case as soon as possible by law⁴.

According to Article 8 of the Constitution of Ukraine, recourse to the court to protect the constitutional rights and freedoms of man and citizen directly on the basis of the Constitution of Ukraine is guaranteed.

To date, several types of procedures for the exercise of judicial power (forms of justice) enshrined in procedural codes have been formed in Ukraine, namely: civil, commercial, administrative, criminal and constitutional proceedings. In order to understand in more detail where the person whose rights have been violated should apply, lawyer I. Bakirova focuses on such basic forms of legal proceedings.

In civil proceedings, courts hear cases on protection of violated, unrecognized or disputed rights, freedoms or interests arising from civil, housing, land, family, labor relations, as well as other legal relations, except when such cases are conducted according to the rules other proceedings. The law may provide for the consideration of other cases according to the rules of civil procedure (Article 15 of the Civil Procedure Code of Ukraine).

Enterprises, institutions, organizations, other legal entities (including foreign ones), citizens who carry out business activities without establishing a legal entity and in the prescribed manner acquired the status of a business entity, as well as state and other bodies, citizens who are not business entities, in cases provided by legislation of Ukraine (Article 1 of the Commercial Procedural Code of Ukraine).

The task of administrative proceedings is to protect the rights, freedoms and interests of individuals, rights and interests of legal entities in the field of public relations from violations by public authorities, local

² Веніславський Ф. В. Судова влада України в правовому механізмі гарантування конституційних цінностей. *Права людини і демократія: зб. наук. ст. за матеріалами наук. конф.*, м. Харків, 15 трав. 2018 р. – Харків, 2018. – С. 13–17. URL.: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/15175/1/Venislavskiy_13-17.pdf

³ Бакірова І.О. Зміст Конституційного права людини і громадянина на судовий захист. Сайт Міністерства юстиції. URL.: https://minjust.gov.ua/m/str_8158

⁴ Аракелян М. Забезпечення конституційного права людини на захист прав і свобод судом // *Право України*. – 2006. - № 3. – С. 19-21.

governments, their officials and officials, other entities in the exercise of their power. management functions based on legislation, including the performance of delegated powers. Any decisions, actions or omissions of subjects of power may be appealed to administrative courts, except in cases where such decisions, actions or omissions are established by the Constitution or laws of Ukraine in another procedure (Article 2 of the Code of Administrative Procedure).

The tasks of criminal justice are to protect the rights and legitimate interests of individuals and legal entities involved in it, as well as prompt and full disclosure of crimes, exposing the perpetrators and ensuring the proper application of the law so that everyone who committed a crime was prosecuted and no innocent was punished.

Thus, the above allows us to formulate the following definition of "judicial and constitutional support (control) of the constitutional security of the state" - is the activity of a specially formed body of constitutional jurisdiction, aimed at protecting the constitutionally enshrined scope of human rights and freedoms and / or the legal personality of others institutions, the status of which is defined in the basic law of the state (constitution) and its restoration in case of violation of their compliance in the adopted by the subjects of law regulations.

Summary.

Formulate the definition of "judicial and constitutional support (control) of the constitutional security of the state" - is the activity of a specially formed body of constitutional jurisdiction, aimed at protecting the constitutionally enshrined scope of human rights and freedoms and / or the legal personality of others institutions, the status of which is defined in the basic law of the state (constitution) and its restoration in case of violation of their compliance in the adopted by the subjects of law regulations.

References:

1. Ольховський Б., Ольховський Є. Конституційні засади судової влади в умовах формування правової держави. Вісник Академії правових наук України. Х. : Право, 2003. № 1(32). С. 45-51. URL.: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4719/1/Olkhovskyi_45.pdf. Дата перегляду: 01.10.2020
2. Веніславський Ф. В. Судова влада України в правовому механізмі гарантування конституційних цінностей. Права людини і демократія : зб. наук. ст. за матеріалами наук. конф., м. Харків, 15 трав. 2018 р. – Харків, 2018. – С. 13–17. URL.: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/15175/1/Venislavskiy_13-17.pdf
4. Бакірова І.О. Зміст Конституційного права людини і громадянина на судовий захист. Сайт Міністерства юстиції. URL.: https://minjust.gov.ua/m/str_8158
5. Аракелян М. Забезпечення конституційного права людини на захист прав і свобод судом // Право України. – 2006. – № 3. – С. 19-21.
6. Бєлов Д.М., Правовий простір держави: теоретико-праксеологічний підхід. Правова держава: історія, сучасність та перспективи формування в Україні: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 15–16 лютого 2019 р. – Ужгород: Ужгородський національний університет, 2019. 164 с. С. 33-37.

Oksana Svitlyk,

Department of Constitutional Law and Comparative Law
Uzhhorod National University

DIFFERENTIATED AND STAGE-FUNCTIONAL APPROACHES TO THE UNDERSTANDING OF THE PROCEDURAL AUTONOMY OF INVESTIGATOR

Диференційований і стадійно-функціональний підхід до розуміння процесуальної самостійності слідчого

Vladyslav Sydoruk

Key words:

investigator, procedural autonomy of investigator, types of procedural autonomy of investigator, differentiated approach, stage-functional approach.

Ключові слова:

слідчий, процесуальна самостійність слідчого, види процесуальної самостійності слідчого, диференційований підхід, стадійно-функціональний підхід.

Актуальність теми: з моменту прийняття Кримінального процесуального кодексу України 2012 року (далі КПК) у структурі суб'єктів кримінального процесу органи досудового розслідування зазнали найбільших змін. Так у статтю 38 КПК, станом на січень 2021 року законодавець у дев'яти місцях п'ять разів різними документами вніс зміни. Однак змінюючи регламентовану кількість органів досудового розслідування, їх назву, підслідність, створюючи нові і ліквідовуючи існуючі, законодавець якісно не змінив процесуальний статус ні органів досудового розслідування, ні процесуальний статус слідчих – лише ввів новий для українського законодавства інститут детективів.

Якісне досудового розслідування, завжди виступає базисом, основою для відправлення правосуддя. Так О.О. Кіпер зазначає: «у змагальній формі кримінального провадження, до якого прагне вітчизняне судочинство, без якісного розслідування не може бути ефективного правосуддя»¹. Також виділяється, одним із вагомих критеріїв для об'єктивного, неупередженого та всебічного дослідження обставин кримінального провадження – процесуальна самостійність слідчого, яка сприятиме більшій оперативності, ініціативності слідчого і прийняття рішень останнім згідно з його внутрішнім переконанням.

Висвітленням проблеми скорочення, або навіть, знищення процесуальної самостійності слідчого займалися такі вчені, як: Ю.П. Аленін, О.В. Баулін, В.Л. Будников, Е.І. Воронін, І.Д. Гончаров, А.П. Гуляєв, Н.В. Григор'єв, О.О. Кіпер, А.О. Ляш, О.Р. Михайленко, С.С. Охріменко, Г.І. Скарєдов та інші.

Нормативно законодавець не закріпив поняття процесуальної самостійності слідчого, що призвело до активної праці науковців над надання останньому визначення.

Так поняття деяких авторів об'єднує спільна ознака – реалізація слідчим покладених на нього повноважень за своїм внутрішнім переконанням:²

- можливість слідчого оцінювати докази за своїм внутрішнім переконанням є однією з найважливіших серед його повноважень, що забезпечують процесуальну самостійність³.
- можливість прийняття рішень слідчим по кримінальній справі згідно з законом та у відповідності до його внутрішнього переконання, засноване на всебічному, повному та об'єктивному дослідженні обставин справи⁴.

Однак окрім такої ознаки, як реалізація слідчим покладених на нього повноважень за своїм внутрішнім переконанням – Е.І. Воронін та М.В. Григор'єв, вказують і на ініціативу слідчого: «процесуальна самостійність слід-

¹ Кіпер О.О. Процесуальна самостійність слідчого як гарантія всебічного, повного і неупередженого розслідування у кримінальному провадженні: дис... д-ра філософії. Наук: 12.00.09. Одеса, 2017, С.3;

² Сидорчук В.В. Щодо деяких видів процесуальної самостійності слідчого. Правові засади діяльності правоохоронних органів: збірник наукових статей, тез доповідей за матеріалами VII Міжнародної науково-практичної конференції (11 грудня 2020 року, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, м. Харків). Серія «Сектор безпеки України». Вип. 36. Харків: Друкарня Мадрид, 2020, С. 87-88;

³ Гончаров І.Д. Деякі аспекти процесуальної самостійності слідчого //Право України. 1995. №7. С. 26;

⁴ Будников В.Л. О гарантиях процессуальной самостоятельности следователя в современных условиях //Укрепление общественного порядка и законности в правовом государстве: Сб. науч. трудов. М., 1990. С. 167;

чого, крім питань оцінки доказів, знаходить своє відображення і в ініціативі слідчого: здійснювати вибір місця, часу, способу збирання, одержання доказів; визначати порядок та послідовність проведення слідчих дій; застосовувати відповідні заходи процесуального примусу; відстоювати свою процесуальну самостійність та ін.»¹.

О.Р. Михайленко у поняття процесуальної самостійності слідчого вкладає не тільки вказані ознаки, але виділяє ще одну: право давати органам дізнання доручення і вказівки про провадження слідчих та розшукових дій².

Цікаво, що А.П. Гуляєв надаючи поняття, процесуальній самостійності слідчого характеризує її: «правом у разі незгоди з вказівками прокурора і начальника слідчого підрозділу щодо найбільш суттєвих питань розслідування не виконувати їх». Більш того «правом у будь-який момент приступити до провадження попереднього слідства, не чекаючи виконання органами дізнання невідкладних слідчих дій».

Більш ширше розглядає процесуальну самостійність слідчого О.В. Баулін, так він виокремлює, процесуальну самостійність не тільки як положення досудового слідства, що дозволяють слідчому самостійно приймати рішення і проводити слідчі дії у розслідуваних ним кримінальних справах, але і як процесуальний інститут, спрямований на врегулювання відносин, які виникають у зв'язку з реалізацією слідчим своїх процесуальних повноважень³.

Г.І. Скарєдов зазначає, що процесуальна самостійність слідчого виражається в його праві порушити кримінальну справу і в будь-який момент приступити до розслідування справи, порушеної органами дізнання, не чекаючи виконання ними всіх невідкладних слідчих дій⁴.

Даючи визначення процесуальній самостійності слідчого С.С. Охріменко виділяє, ще одну ознаку: особисту відповідальність слідчого. «Процесуальна самостійність слідчого виявляється у можливості згідно з чинним законодавством самостійно, за особистим внутрішнім переконанням, проводити усі необхідні та можливі слідчі дії, приймати процесуальні рішення, а також нести особисту відповідальність за порушення норм закону. Процесуальна самостійність слідчого виступає в якості однієї з умов, що гарантують дотримання законності при розслідуванні кримінальної справи. Відбувається цілком логічне взаємне гарантування: відповідальність слідчого забезпечує його процесуальну самостійність, а та, у свою чергу, є однією з умов дотримання законності. І, навпаки, законність припускає процесуальну самостійність слідчого і його персональну відповідальність, не «поділену» з прокурором та начальником слідчого відділу»⁵.

Враховуючи велику кількість авторських понять, варто зазначити, що значна кількість їх надавалися до прийняття КПК 2012 року. З прийняттям якого науковці, в загальному, вказують на скорочення процесуальної самостійності слідчого, порівняно з кодексом 1960 року, наприклад А.О. Ляш і О.В. Баулін вказують наступне: «в КПК 1960 р. правила інституту процесуальної самостійності слідчого як важливого елемента статусу органу досудового слідства, на наш погляд, були значно краще сформульовані і більш послідовно викладені»⁶. Це скорочення прослідковується в характеристиці особливостей взаємодії слідчого з іншими учасниками кримінального провадження, зокрема, це стосується: прокурора, слідчого судді, керівника органу досудового розслідування.

З огляду на значну кількість понять і для їх упорядкування – вважається доречним диференціювати процесуальну самостійність (у попередніх дослідженнях⁷ автором уже надавалася класифікація, однак вона була трьох-ланковою, у даному дослідженні вона знайшла своє продовження і удосконалення) за ознакою юридичної визначеності і ширини меж самостійності:

- абсолютна процесуальна самостійність – можливість слідчого самостійно без санкції, дозволу або погодження проводити усі необхідні слідчі (розшукові) дії, приймати процесуальні рішення на свій розсуд. Даний вид тягнє до інквізиційного кримінального процесу;
- відносна процесуальна самостійність – результат порівняння науковцями нормативно-правових актів, зазвичай різного часу дії з метою покращення існуючого процесуального статусу слідчого. Тут

¹ Воронин Э.И., Григорьев Н.В. Полномочия следователя органов внутренних дел в свете нового уголовнопроцессуального законодательства: Лекция. Хабаровск: Хабаровск. высшая школа МВД СССР, 1987. С. 18;

² Михайленко А.Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан: Научнопрактическое издание. К.: «Юринком Интер», 1999. С. 63-66;

³ Баулін О.В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого та їх правові гарантії: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09; Національна академія внутрішніх справ України. К., 2000. С. 26;

⁴ Гуляєв А.П. Следователь в уголовном процессе. М., 1981. С. 98;

⁵ Охріменко С.С. Гарантії правового захисту процесуальної самостійності та незалежності слідчого: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09; Київ. нац. ун-т внутр. справ. К., 2007. С. 19-20;

⁶ Ляш А. О. Баулін О. В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого за новим КПК / Ляш А. О. Баулін О. В. // Часопис Академії адвокатури України – #18 (1'2013). – С. 3;

⁷ Сидорчук В.В. Щодо деяких видів процесуальної самостійності слідчого. Правові засади діяльності правоохоронних органів: збірник наукових статей, тез доповідей за матеріалами VII Міжнародної науково-практичної конференції (11 грудня 2020 року, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, м. Харків). Серія «Сектор безпеки України». Вип. 36. Харків: Друкарня Мадрид, 2020, С. 87-88;

варто виділити позитивну самостійність – збільшення її обсягу, що зазвичай позитивно оцінюється науковцями, і негативну самостійність – зменшення її обсягу, що негативно оцінюється науковцями. Така оцінка науковців обумовлюється головною функцією слідчого – розслідування, яке має бути оперативним і неупередженим;

- нормативна процесуальна самостійність – діє в межах закріплених у чинному законодавстві і яку декларує КПК у частині 5 статті 40⁸;
- відносно-абсолютна процесуальна самостійність – можливість слідчого самостійно без санкції, дозволу або погодження проводити усі необхідні слідчі (розшукові) дії, приймати процесуальні рішення на свій розсуд. Однак діяльність слідчого провадиться у межах функцій і завдань, які законодавець ставить перед слідчим. Так, Ю.П. Аленін зауважує: «його (слідчого) головною функцією у вітчизняному кримінальному процесі є функція розслідування, тобто вжиття всіх заходів для всебічного, повного й об'єктивного дослідження обставин справи, виявлення як обвинувальних, так і виправдувальних, а також обтяжуючих і пом'якшуючих вини обставин і з'ясування всіх обставин, що підлягають доказуванню у кримінальній справі»⁹. Даний вид характеризується самостійністю слідчого в межах окреслених функцій і завдань. Важливо зазначити, що за результатами своєї діяльності він має нести індивідуальну відповідальність за результати розслідування кримінального провадження. Слідчий самостійно розслідує кримінальне провадження з внесення даних до ЄРДР і до завершення досудового розслідування.

Розглядаючи види процесуальної самостійності, варто зазначити, що у вже раніше опублікованих дослідженнях автор надаючи поняття процесуальній самостійності слідчого – розподіляв самостійність за характером взаємодії останнього зі суб'єктами кримінального процесу: на процесуальну самостійність координації і процесуальну самостійність субординації. Процесуальна самостійність координації – можливість без допомоги інших суб'єктів кримінального провадження, які, виконуючи вказівки слідчого, сприяють останньому реалізовувати його повноважень і/або покладених на нього завдань, зокрема завдань кримінального провадження. Процесуальну самостійність субординації слідчого варто визначити як можливість без дозволу чи санкції керівництва, за власним/внутрішнім переконанням приймати процесуальні рішення щодо реалізації слідчим повноважень і/або покладених на нього завдань, зокрема завдань кримінального провадження¹⁰.

Як уже зазначалося раніше – професор Ю.П. Аленін вказує на те, що слідчий реалізує функцію розслідування у кримінальному провадженні. В свою чергу функція реалізується через певні форми реалізації слідчим своїх повноважень і взаємодії з оточуючим середовищем, що охоплюється поняттям кримінально-процесуальної діяльності слідчого. Можна було б, проаналізувати складові кримінально-процесуальної діяльності слідчого у «вертикальному розрізі» класифікуючи повноваження слідчого за ознакою юридичної визначеності і ширини меж самостійності. Однак було прийнято рішення, про дослідження кожного з етапів кримінально-процесуальної діяльності слідчого (у «горизонтальному розрізі»), не виокремлюючи повноваження окремими групами залежно від меж процесуальної самостійності кожної з них. Тобто самостійність слідчого характеризуватиметься на різних етапах проведення слідчих (розшукових) дій і прийняття процесуальних рішень – надання загальної оцінки існуючої самостійності слідчого у кримінальному процесі України. Так як в основу дослідження покладені стадії функції (розслідування, шляхом проведення слідчих (розшукових) дій і прийняття процесуальних рішень у рамках кримінального провадження), яку виконує слідчий під час розслідування – такий підхід щодо дослідження процесуальної самостійності варто назвати стадійно-функціональним.

Варто виокремити наступні складові стадійно-функціонального підходу (ініціювання певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення; прийняття легального (законного) рішення щодо реалізації (про початок) певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення; реалізація певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення; оцінка можливості використання результатів певного виду кримінально-процесуальної діяльності і їх використання у процесі доказування).

- *ініціювання певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення.* Аналіз кримінально-процесуального законодавства свідчить про те, що слідчий є самостійним у цій стадії, слідчий самостійно приймає рішення щодо початку кримінального провадження, ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, ініціювання застосування заходів забезпечення кримінального провадження, ініціювати повідомлення особі про підозру і ініціювати завершення досудового розслідування.

⁸ Там само;

⁹ Аленін Ю.П. Ще раз до питання про самостійність і незалежність слідчого //Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Вип. 44 /редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. Одеса: Юрид. літ-ра, 2008, 239 с.;

¹⁰ Сидорчук В.В. Співвідношення понять процесуальної самостійності і незалежності слідчого. Електронне наукове фахове видання: Порівняльно-аналітичне право. 10.06.2020 .№1. С. 579-582. URL: <http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/1-1.pdf>

Однак відповідно до п.4 ч.1 ст.36 (Прокурор) КПК України: «прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений доручати слідчому, проведенню у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках - особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України». Варто приділити увагу і ч.4 ст. 40 (Слідчий органу досудового розслідування) КПК України, так слідчий зобов'язаний виконувати доручення та вказівки прокурора, які надаються у письмовій формі. Невиконання слідчим законних вказівок та доручень прокурора, наданих у порядку, передбаченому КПК України, тягне за собою передбачену законом відповідальність. Отже у випадку наявності вказівки чи доручення прокурора він зобов'язаний її виконати, разом з тим законом не передбачена можливість їх оскарження, що може ставити під сумнів абсолютну процесуальну самостійність слідчого в питанні ініціювання реалізації певного виду кримінально-процесуальної діяльності. Однак, враховуючи позицію автора щодо поняття процесуальної самостійності – відсутність механізму оскарження вказівки чи доручення прокурора варто розглядати в якості порушення категорії процесуальної незалежності слідчого, адже хоч процедура реалізації вказівок з дорученнями прокурора слідчим і прописана законодавцем – тобто має легальний характер, однак вона може суперечити внутрішньому переконанню слідчого, що у деяких випадках може розцінюватися як втручання у розслідування (незважаючи на процесуальне керівництво прокурором слідчого, варто нагадати про те що прокурор – представник сторони обвинувачення, в той час як функція слідчого – розслідування: об'єктивне дослідження обставин події, яка має ознаки кримінального правопорушення попередньо кваліфікована як кримінальне правопорушення).

- *прийняття легального (законного) рішення щодо реалізації (про початок) певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення.* Аналіз кримінально-процесуального законодавства свідчить про те, що слідчий є відносно самостійним на цьому етапі реалізації його повноважень. Так, якщо мова йде про прийняття рішення про проведення слідчих (розшукових) дій, які не пов'язані із втручанням в особисте життя особи, в тому числі і проникнення без згоди особи, яка володіє житлом у останнє, а також окрім майже всіх негласних слідчих (розшукових) дій, то слідчий самостійно приймає рішення про їх початок. Однак відповідно п. 4, ч. 2, ст. 36 (Прокурор) КПК України: «прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений доручати слідчому, проведенню у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення». А слідчий, в свою чергу, відповідно до ч. 4, ст. 40 (Слідчий органу досудового розслідування) КПК України: «зобов'язаний виконувати доручення та вказівки прокурора, які надаються у письмовій формі». Отже слідчий зобов'язаний прийняти рішення про початок слідчої (розшукової) дії за вказівкою прокурора.

Що ж стосується прийняття процесуального рішення, то слідчий самостійно може починати досудове розслідування, в деяких випадках, передбачених ст. 284 (Закриття кримінального провадження і провадження щодо юридичної особи) КПК – закривати кримінальне провадження, а також застосовувати незначний перелік заходів забезпечення кримінального провадження, що свідчить про обмежену процесуальну самостійність.

- *реалізація певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення.* У попередніх дослідженнях автор виділяв процесуальну самостійність координації слідчого, яка пов'язується із можливістю слідчого без сторонньої допомоги реалізувати певний вид кримінально-процесуальної діяльності. Особами, які звужують процесуальну самостійність координації слідчого є: працівники оперативних підрозділів, спеціалісти, технічні спеціалісти, працівники технічних відділів правоохоронних органів, до них можна віднести і понятих. Ці особи не просто сприяють, а саме від них залежить чи зможе слідчий реалізовувати певний вид кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення. Так, ряд негласних слідчих (розшукових) дій можливо провести лише за допомогою спеціальних технічних засобів навичками користування яких володіють спеціально навчені працівники правоохоронних органів.

Варто зазначити, що враховуючи обов'язок слідчого виконувати вказівки прокурора – реалізація слідчим певного виду кримінально-процесуальної діяльності може відбуватися всупереч внутрішньому переконанню слідчого.

- *оцінка можливості використання результатів певного виду кримінально-процесуальної діяльності і їх використання у процесі доказування.* Тут варто прокоментувати ч. 2 ст. 91 (Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні), ч. 1 ст. 92 (Обов'язок доказування) і ч. 1 ст. 94 (Оцінка доказів) КПК України, в яких зазначається, що «доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Обов'язок доказування передбачених КПК обставин, за винятком певних випадків, покладається

на слідчого, прокурора та, в деяких випадках, - на потерпілого. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів - з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення». Із змісту, можна зробити висновок про те, що перевірка та оцінка доказів - це обов'язок слідчого. Однак у кодексі, окрім слідчого, зазначається і прокурор, а виконання письмових вказівок чи доручень прокурора слідчим є обов'язковим. Разом з тим, варто нагадати і про ч. 1 ст. 257 (Використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій в інших цілях або передання інформації), в якій зазначається: «якщо в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у даному кримінальному провадженні, то отримана інформація може бути використана в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора». Підсумовуючи варто зазначити, що на цій стадії слідчий відносно самостійний, адже він може самостійно без вказівок прокурора перевірити, оцінити і в подальшому використати отримані в ході розслідування докази у кримінальному провадженні. Однак варто нагадати про процесуальне керівництво прокурором, що дозволяє останньому приймати підсумкове рішення у питанні можливості використання отриманих доказів. І про виключне право слідчого судді своєю ухвалою використовувати отриману інформацію, яка свідчить про виявлення ознак кримінального правопорушення, яке не розслідується, в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії.

Висновки. Підсумовуючи, варто зазначити, що класифікація процесуальної самостійності слідчого сприяє уніфікації існуючих понять, систематизації їх і більш детальне дослідження і розуміння цього поняття. Так у статті було розглянуто види процесуальної самостійності за ознакою юридичної визначеності і ширини меж самостійності (абсолютна процесуальна самостійність, відносно-абсолютна процесуальна самостійність, відносна і нормативна процесуальна самостійність слідчого). Також за характером взаємодії слідчого зі суб'єктами кримінального процесу: на процесуальну самостійність координації і процесуальну самостійність субординації. І представлений стадійно-функціональний підхід, для оцінки рівня процесуальної самостійності на різних стадіях кримінально-процесуальної діяльності слідчого. Який складається із 4 етапів: ініціювання певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення; прийняття легального (законного) рішення щодо реалізації (про початок) певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення; реалізація певного виду кримінально-процесуальної діяльності чи прийняття процесуального рішення; оцінка можливості використання результатів певного виду кримінально-процесуальної діяльності і їх використання у процесі доказування.

Анотація.

У статті проаналізовані наявні у літературі поняття процесуальної самостійності слідчого. Зважаючи на значну кількість понять процесуальної самостійності слідчого і для його кращого розуміння - запропоновані диференційований і структурно-функціональний підходи. За допомогою диференційного підходу, були досліджені види процесуальної самостійності. За допомогою стадійно-функціонального підходу можна прослідкувати за повнотою процесуальної самостійності слідчого на різних стадіях реалізації ним своїх повноважень.

Summary.

The article analyzes the concepts of procedural autonomy of the investigator available in the literature. Given the significant number of concepts of procedural independence of the investigator and for its better understanding - differentiated and structural-functional approaches are proposed. Using a differential approach, the types of procedural autonomy were investigated. With the help of a staged-functional approach, it is possible to follow the completeness of the procedural autonomy of the investigator at different stages of the exercise of his powers.

References:

1. Кіпер О.О. Процесуальна самостійність слідчого як гарантія всебічного, повного і неупередженого розслідування у кримінальному провадженні: дис....д-ра філософії. Наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 208 с.;
2. Сидорчук В.В. Щодо деяких видів процесуальної самостійності слідчого. Правові засади діяльності правоохоронних органів: збірник наукових статей, тез доповідей за матеріалами VII Міжнародної науково-практичної конференції (11 грудня 2020 року, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, м. Харків). Серія «Сектор безпеки України». Вип. 36. Харків: Друкарня Мадрид, 2020, 318 с.;
3. Гончаров І.Д. Деякі аспекти процесуальної самостійності слідчого //Право України. 1995. №7, 326 с.;

4. Будников В.Л. О гарантиях процессуальной самостоятельности следователя в современных условиях //Укрепление общественного порядка и законности в правовом государстве: Сб. науч. трудов. М., 1990, 239 с.;
5. Воронин Э.И., Григорьев Н.В. Полномочия следователя органов внутренних дел в свете нового уголовно-процессуального законодательства: Лекция. Хабаровск: Хабаровск. высшая школа МВД СССР, 1987, 178 с.;
6. Михайленко А.Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан: Научнопрактическое издание. К.: «Юринком Интер», 1999, 219 с.;
7. Гуляев А.П. Следователь в уголовном процессе. М., 1981, 365 с.;
8. Баулін О.В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого та їх правові гарантії: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09; Національна академія внутрішніх справ України. К., 2000, 241 с.;
9. Скаредов Г.И. Прокурорский надзор и процессуальная самостоятельность следователя //Вестник Московского университета. 1980. Серия №11. Право. №6, 278 с.;
10. Охріменко С.С. Гарантії правового захисту процесуальної самостійності та незалежності слідчого: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09; Київ. нац. ун-т внутр. справ. К., 2007, 231 с.;
11. Ляш А. О. Баулін О. В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого за новим КПК / Ляш А. О. Баулін О. В. // Часопис Академії адвокатури України – #18 (1'2013). – 184 с.;
12. Алєнін Ю.П. Ще раз до питання про самостійність і незалежність слідчого //Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Вип. 44 /редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. Одеса: Юрид. літ-ра, 2008, 239 с.;
13. Ляш А. О. Баулін О. В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого за новим КПК / Ляш А. О. Баулін О. В. // Часопис Академії адвокатури України – #18 (1'2013), с. 189;
14. Сидорчук В.В. Співвідношення понять процесуальної самостійності і незалежності слідчого. Електронне наукове фахове видання: Порівняльно-аналітичне право. 10.06.2020 .№1. С. 579-582. URL: <http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/1-1.pdf>.

Vladyslav Sydorchuk,

*Postgraduate student of the Department of Criminal Procedure, Detective and Operational-Search Activity,
National University «Odessa Law Academy»*

CONCEPTUAL FRAMEWORK OF REGULATING CSR UNDER COMMERCIAL LAW

BogdanTatkov

Keywords:

commercial law, corporate social responsibility, regulation under commercial law, CSR concept, commercial law approach

Problem statement. The concept of CSR first became the subject of special interest and analysis in scientific terms in the middle of the 20th century. In the 1950s, the idea of CSR first gained wide popularity in the United States, and it became increasingly popular with the expansion of the influence of corporations on public relations, first on a national and then on a global scale. The evolution of views on CSR has gone through several stages and has entered the stage of forming new approaches that correspond to realities. The growing role of CSR in international and domestic business indicates the relevance of developing a modern CSR concept that can positively impact the efficiency of the business in modern conditions and solve social, economic, and environmental problems at the micro and macro levels.

Conceptual issues of CSR have been the subject of research by many scientists and practitioners, including H. Bowen, P. Drucker, A. Carroll, P. Kotler, M. Porter, M. Friedman, V.L. Maslov, and others. Ukrainian scientists highlighted certain economic, institutional, and legal aspects of CSR, including the works by O. Okhrimenko, T. Ivanova, P. Karpinska, and others. Certain issues of the conceptual foundations of CSR regulation under commercial law were highlighted in the works of I. Lukach, A. Harahonych, and others. However, the issue of conceptual foundations of the regulation of CSR under commercial law requires further research. Modern conditions associated with global challenges require forming a modern CSR concept taking into account the new paradigm.

The **purpose** of the article is to study the conceptual foundations of the regulation of CSR under commercial law, reveal the existing concepts of CSR and formulate proposals for creating a balanced modern concept of CSR based on the application of the commercial law approach.

Main material. The emergence of the concept of CSR is usually associated with the name of Bowen H., in particular, with the book by Bowen H. "Social Responsibilities of the Businessman," published in 1953. In this work, the author, for the first time, formulated the doctrine of social responsibility as "the obligation of businessmen to carry out daily business practices in compliance with the goals and values of society." According to Bowen H., CSR consists of "implementing such policies, making such decisions, or following such lines of behavior that would be desirable for society's goals and values." The responsibility of business to society lies in the focus of this activity on increasing society's well-being.

Bowen's book opened up a broad discussion about CSR. Some scholars have supported Bowen, including Davis K. (Davis K. Can business afford to ignore social responsibilities, 1960), McGuire J. W. (McGuire J. W. Business and Society, 1963).

According to Bowen H. (1953), social responsibility consists in implementing such policies, making such decisions, or following such a line of behavior that would be desirable in the context of the goals and values of society¹. Davis K. (1960) described social responsibility as a separate approach to the implementation of enterprise management that concerns only issues that are not directly related to the company's economic and technical activities². McGuire J. (1963) emphasized that a corporation has economic and legal obligations and has a certain responsibility to society that goes beyond them³.

Along with this, the opposite position was formed. The approach proposed by Bowen H. was criticized by Levitt T. (Friedman M. Capitalism and Freedom, 1962) and Friedman M. (Friedman M. Capitalism and Freedom, 1962). Levitt T. (1958) believed that business would have a better chance of survival if it abandoned the absurd view of its goals, i.e., if long-term profit maximization remained the only goal both in theory and in practice⁴. According to Friedman M. (1962), there is one and only one social responsibility of the business world – to use its resources and engage in activities aimed at increasing profits, provided that it adheres to the rules of the game, i.e., participates in open free competition without deception and fraud⁵.

¹ Bowen H. R. Social Responsibilities of the Businessman. Harper & Row, 1953. P. 6.

² Davis K. Can business afford to ignore social responsibilities? California management. 1960. Review 2(3). P. 70.

³ McGuire J. W. Business and Society. N.Y. : McGraw- Hill Book Company, 1963. P.144.

⁴ Levitt T. The Dangers of Social Responsibility. Harvard Business Review. 1958. Vol. 36, No. 5. P. 49.

⁵ Friedman M. Capitalism and Freedom. Chicago : University of Chicago Press, 1962. P.157

The concept of CSR proposed by Bowen H. continued its development in the works of such scientists as Carroll A., Wartick S. and Cochran P., Wood D., Swanson D., and others.

Various concepts put forward by scientists belong to one of two categories, which are designated as the theory of corporate selfishness (Friedman M. et al.) and the theory of reasonable corporate selfishness, which opposes it. In terms of the first one, being socially responsible means organizing production, worrying about maximizing profits, paying taxes and enforcing laws, and not being distracted by other issues. In contrast, the theory of intelligent selfishness (Bowen H. et al.) has the task of profit growth. Still, it limits corporations' private interests to the need to take into account the interests of society, providing, in addition to the main activity, additional voluntary acceptance of social obligations.

In the 1980s, Drucker P. (1984) initiated a new concept that differed from them and was called the theory of corporate altruism. According to Drucker P., the corporate social responsibility of our time consists in turning social problems into economic opportunities and economic benefits, production capacity, staff competence, well-paid work, and, ultimately, wealth¹.

Thus, the integration of CSR into the main activities of corporations was initiated, which has a strategic impact on achieving the corporation's main goals.

Drucker P. points out the ethical obligations of business to a multi-layered social environment, influencing its achievement of goals and success. The theory of corporate altruism was supported by the US Economic Development Committee, according to which policy businesses were supposed to make a significant contribution to improving US citizens' lives. Proponents of the theory emphasize that it is important to find a balance between solving the problems of society and business, which can be achieved through the integration of social and commercial strategies: funds for the social sphere should be used as effectively as commercial investments that affect the profitability of the enterprise².

The concept of corporate altruism is often criticized for excessive infringement of corporate interests and excessive tendency towards collectivity. In fact, the issue of the relationship between "selfishness" and "altruism" in the CSR concept is the issue of the relationship between "individualism" and "collectivism" in the general methodology of scientific research.

According to Ayn Rand (2011), reasonable selfishness, unlike altruism, implies the existence of a person who provides for himself or herself independently, without making sacrifices. Rand A. does not believe that people should give themselves up to the necessity of "collective interests" (the mask of which hides the faces of people who have arrogated to themselves the right to speak on behalf of other people). Altruism in its extreme forms leads to moral degradation since serving the "common good" and "higher interests" can justify any crime against an individual. History knows many examples of this: bloody dictators have always acted as "fathers of nations." Altruism is immoral because it does not allow people to get what they deserve. Talking about the need for "fair distribution", it punishes the successful for their success. It takes the fruits of their labor while rewarding the losers for their mistakes, giving them undeserved kindness. Altruism systematically destroys creators and entrepreneurs, producing envious parasites³.

The relationship between selfishness and altruism underlies the moral foundations in the modern world and is the main issue of CSR⁴. This issue has been of interest to humankind for a long time. Consideration of modern CSR issues in terms of commercial law allows talking about the search the golden mean between "egoism" and "altruism", "individualism" and "collectivism" in economic activity, or their optimal ratio according to the principle of reasonableness and transfer the issue to the plane of combining private and public interests aimed at achieving common goals.

Attention should be paid to the importance of such a category as interest in resolving this issue. Consideration of the correlation of egoism and altruism through the prism of private and public interests allows bringing the issue of CSR into the legal plane, since the essence of law, according to Ihering, is of interest. It is important to find a balance between selfishness and altruism, individuality, and collectivity by applying the principle of reasonableness.

Proponents of the theory of reasonable egoism consider the phenomenon of egoism as an ethical and normative program, which, maintaining a single (selfish) basis of human behavior, involves such mandatory actions and social actions that become useful not only to a person but also to other people and society. The basic principles of "reasonable selfishness" are:

- a) the basis of all human actions and social connections is a selfish motive (the desire for self-benefit);

¹ Drucker P.F. The new meaning of corporate social responsibility. *California Management Review* 26(2), 1984. P. 62.

² Gorovits B. *Sotsialnaya strategiya kompanii dolzhna byt' svyazana s ee kommercheskoy strategiy* [The social strategy of the company must be linked to its commercial strategy]. URL: <http://www.soc-otvet.ru/sob2/sob.nsf>.

³ Rand A. (2011). *Atlant raspravil plechi* [Atlas Shrugged]. Moscow, Russia: Alpina Publisher, 1364.

⁴ Karpinska P.I. *Spivvidnoshennia ehoizmu ta altruizmu za analizu moralnykh pidvalyn u suchasnomu sviti* [The ratio of egoism and altruism according to the analysis of moral foundations in the modern world]. URL: <http://journals.nubip.edu.ua/index.php/Gumanitarni/article/viewFile/11914/10274>

b) the mind allows identifying those that have a properly meaningful personal interest among all motives (i.e., identifying the core of those selfish motives that correspond to the reasonable nature of a person and the social nature of his or her life).

As T. Hobbes and A. Smith believed, selfishness is an essential motive for economic, political, and other activities. A. Smith combined the idea of “economic man” and “moral man” in the concept of human nature. C. Helvetius believed that a rational balance between the selfish passion of an individual and the public good could not develop naturally. Only an impartial legislator, with the help of state power, tools of reward and punishment, will be able to ensure the “benefit of an individual” for the benefit of “as many people as possible”.⁵

However, in reality, we are talking about finding the golden mean between selfishness and altruism, individualism and collectivism, about combining them into a moderate model of interaction freed from extremes.

Even ancient philosophers (Socrates, Plato, Aristotle, Epicurus, etc.) considered altruism a reasonable limitation of selfish needs. Renaissance philosophers adhered to the position of moderate egoism (Erasmus of Rotterdam, M. Montaigne).

This issue can be translated into the legal plane using the category “interest” and revealed through such a concept used in economic law as a combination of private and public interests.

Identification of the content of law through the category of “interest” was proposed by R. Ihering. The doctrine of “jurisprudence of interests” was presented in several works: *Spirit of Roman Law at the Various Stages of its Development* (1852-1865), *The Struggle for Law* (1872), *Law as a Means to an End* (1877-1883). According to R. Ihering, the law is a “legally protected interest” enshrined in legislation, while Ihering interprets the term “law” in two ways: objective and subjective. In the objective sense, this is a set of legal norms protected by the state; in the subjective sense, the law is specific rights and obligations of the subject of legal relations. The driving motive of a person’s expedient activity is material and spiritual interest, and the reason for action is goals. The logic of social progress is to move towards a society of social harmony, where citizens stand in solidarity in their interests and pursue common goals. The state loses its class character and becomes social, and law becomes an expression of “common interests”, acting as “an individual’s realized partnership with society”. The key ideas of R. Ihering’s legal concept are the concepts of “struggle for law” and “law as a means to an end”. The goal of law is peace, and the means is struggle.⁶

From this point of interaction between private and public interests, the CSR concept, which is based on the theory of corporate altruism, is proposed to be considered as a means to an end, and CSR concepts, which are based on the theories of corporate selfishness and reasonable corporate selfishness, – as a means to achieve this goal. All three theories have their own grounds and can be combined into a single pyramid, where the CSR concept is based on the theory of corporate selfishness as a general form of coordination of interests in the process of their struggle, and the superstructure over it is the theory of reasonable corporate selfishness as a goal and the theory of corporate altruism as the highest goal.

If the concept of reasonable corporate selfishness implies a properly meaningful private interest while considering public interests based on goodwill, then the concept of corporate altruism is based on combining private and public interests to achieve common goals.

The combination of private and public interests in legal regulation is traditionally the quintessence of the commercial law approach.⁷

At the same time, the legislator should create guaranteed forms of coordination of private and public interests based on the principles of direct democracy at both the micro and macro levels.

This is to ensure the reproduction of the principle of a socially-oriented economy, enshrined in the Constitution of Ukraine and the Commercial Code of Ukraine.

Thus, the Constitution of Ukraine provides for the constitutional foundations of CSR. It was adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine on behalf of the Ukrainian people, taking care of ensuring human rights and freedoms and decent living conditions, striving to develop and strengthen a democratic, social, legal state, realizing responsibility before God, one’s own conscience, previous, present and future generations, i.e., it reflects the global movement towards the implementation of CSR and ensuring sustainable development. Human rights and freedoms and their guarantees determine the content and direction of the state’s activities. The state is responsible to an individual for its activities. The establishment and enforcement of human rights and freedoms is the main responsibility of the state (Article 3). Article 13 of the Constitution of Ukraine establishes the principle of “property obliges”. Property should not be used to the detriment of people and society. The state ensures the protection of the rights of all subjects of property and economic rights, the social orientation of the economy. All subjects of property rights are equal before the law.

⁵ Velyka ukrainska entsyklopediia [Great Ukrainian Encyclopedia] URL: <https://vue.gov.ua>

⁶ Ihering, Rudolph // *Entsiklopedicheskiy slovar Brokgauza i Efrona* [Brockhaus and Efron Encyclopedic Dictionary]: in 86 volumes (82 volumes and 4 additional). Saint-Petersburg, 1890–1907.

⁷ Mamutov V.K. *Ekonomika i pravo: sb. nauch. tr.* [Economics and Law: Collection of Scientific Papers] / V.K. Mamutov. Kiev: Yurinkom Inter, 2003. P. 544.

According to Article 6 of the Commercial Code of Ukraine, the general principles of economic activity in Ukraine are:

- ensuring economic diversity and equal state protection of all business entities;
- freedom of entrepreneurial activity within the limits defined by law;
- free movement of capital, goods and services on the territory of Ukraine;
- restriction of state regulation of economic processes due to the need to ensure the social orientation of the economy, fair competition in entrepreneurship, environmental protection of the population, protection of consumer rights and security of society and the state;
- protection of the national commodity producer;
- prohibition of illegal interference of state and local self-government bodies and their officials in economic relations.

The Total Responsibility Management (TRM) is one of the key components of CSR, which consists in increasing attention to the requirements of various “stakeholders”, while a minimum of guarantees should be provided by legislation. Their multiplication is a matter of goodwill of participants in economic relations at the level of civil society and business entities at the macro level.

The process of coordinating the interests of business and society requires:

- a clear definition of the “areas of responsibility” of each of the participants in economic relations;
- a mechanism agreed by all parties to provide information about their intentions and capabilities;
- describing by the parties to the social dialogue of the motivation of their positions, arguments, and expectations to all participants in economic relations¹.

In this sense, indicative planning used in Western countries can be an effective way to coordinate interests². Conclusion of framework agreements and planned contracts with large companies (corporations) is important in indicative planning. In the future, it is advisable to raise the question of moving from social planning and forecasting, which is currently used in the field of CSR within the framework of the theory of corporate selfishness, to socio-economic planning and forecasting, which will ensure the integration of social and economic strategies and the implementation of CSR standards in the main activities simultaneously in the social, economic and environmental spheres.

Conclusions. 1. When building a CSR concept suitable for the conditions of Ukraine, it is important to find a balance between selfishness and altruism, individuality and collectivity through the application of the principle of reasonableness. It involves finding the golden mean between selfishness and altruism, individualism and collectivism, combining them into a moderate model of interaction freed from extremes, where altruism is considered a reasonable restriction of selfish needs, and selfishness, respectively, should be moderate. It is proposed to translate CSR issues into the legal plane using the category “interest” and disclose them through such a concept used in commercial law as a combination of private and public interests.

2. The concept of CSR based on the theory of corporate altruism is proposed to be considered as a goal, and CSR concepts based on the theories of corporate selfishness and reasonable corporate selfishness – as a means to achieve this goal. All three theories have their own grounds and can be combined into a single pyramid, where the CSR concept is based on the theory of corporate selfishness as a general form of coordination of interests in the process of their struggle, and the superstructure over it is the theory of reasonable corporate selfishness as a goal and the theory of corporate altruism as the highest goal.

3. If the concept of reasonable corporate selfishness implies a properly meaningful private interest, while taking into account public interests on the basis of goodwill, then the concept of corporate altruism is based on combining private and public interests to achieve common goals.

4. The legislator should create guaranteed forms of coordination of private and public interests based on the principles of direct democracy at both the micro and macro levels. Taking into account the experience of Western countries, it is proposed to coordinate interests in the process of indicative planning, which provides for the conclusion of framework agreements, planned contracts with large companies (corporations), etc. In the future, it is advisable to raise the question of moving from social planning and forecasting, which is currently used in the field of CSR within the framework of the theory of corporate selfishness, to socio-economic planning and forecasting, which will ensure the integration of social and economic strategies and the implementation of CSR standards in the main activities simultaneously in the social, economic and environmental spheres.

¹ Korporativna sotsialna vidpovidalnist [Corporate social responsibility]. URL: https://pidru4niki.com/81933/menedzhment/korporativna_sotsialna_vidpovidalnist

² Mamutov V.K., Chuvpylo O.O. Hospodarche pravo zarubizhnykh krain: Pidruchnyk [Commercial Law of Foreign Countries: Textbook]. Kyiv.: Dilova Ukrainy, 1996. P. 3.

Abstract.

The article studies the conceptual foundations of the regulation of CSR under commercial law, reveals the existing concepts of CSR and formulates proposals for creating a balanced modern concept of CSR based on the application of the commercial law approach.

References:

1. Bowen H. R. Social Responsibilities of the Businessman. Harper & Row, 1953. 198 p.
2. Davis K. Can business afford to ignore social responsibilities? California management. 1960. Review 2(3). P. 70-76.
3. McGuire J. W. Business and Society. N.Y. : McGraw- Hill Book Company, 1963. 312 p.
4. Levitt T. The Dangers of Social Responsibility. Harvard Business Review. 1958. Vol. 36, №5. P. 41-50.
5. Friedman M. Capitalism and Freedom. Chicago : University of Chicago Press, 1962. 202 p.
6. Drucker P.F. The new meaning of corporate social responsibility. California Management Review 26(2), 1984. P. 53-63.
7. Gorovits B. Sotsialnaya strategiya kompanii dolzhna byt' svyazana s ee kommercheskoy strategiy [The social strategy of the company must be linked to its commercial strategy]. URL: <http://www.soc-otvet.ru/sob2/sob.nsf>.
8. Rand A. (2011). Atlant raspravil plechi [Atlas Shrugged]. Moscow, Russia: Alpina Publisher, 1364.
9. Karpinska P.I. Spivvidnoshennia ehoizmu ta altruizmu za analizu moralnykh pidvalyn u suchasnomu sviti [The ratio of egoism and altruism according to the analysis of moral foundations in the modern world]. URL: <http://journals.nubip.edu.ua/index.php/Gumanitarni/article/viewFile/11914/10274>
10. Velyka ukrainska entsyklopediia [Great Ukrainian Encyclopedia] URL: <https://vue.gov.ua>
11. Ihering, Rudolph // Entsiklopedicheskiy slovar Brokgauza i Efrona [Brockhaus and Efron Encyclopedic Dictionary]: in 86 volumes (82 volumes and 4 additional). Saint-Petersburg, 1890–1907.
12. Mamutov V.K. Ekonomika i pravo: sb. nauch. tr. [Economics and Law: Collection of Scientific Papers] / V.K. Mamutov. Kiev: Yurinkom Inter, 2003. 544 p.
13. Korporatyvna sotsialna vidpovidalnist [Corporate social responsibility]. URL: https://pidru4niki.com/81933/menedzhment/korporativna_sotsialna_vidpovidalnist
14. Mamutov V.K., Chuvpylo O.O. Hospodarche pravo zarubizhnykh krain: Pidruchnyk [Commercial Law of Foreign Countries: Textbook]. Kyiv.: Dilova Ukrainy, 1996. 352 p.

STATE POLICY: ACTIVITY ASPECT

Denis Tikhomirov

Keywords:

state policy, activity, legitimate inaction.

Problem statement. Strategic reflection on challenges of state policy is due to modern conditions of state development is determined by the contemporary state development, formation of civil society, democratization processes, enhance the participation of Ukraine in international and European cooperation and the task of improving their scientific understanding. The "Ukrainian social and decision-making process demonstrates "the element of knowledge", that is a low level of theoretical and metatheoretical awareness of the purposes and principles of the proposed transformations or insufficient scientific validity, lack of the conceptual and strategic certainty of development prospects and specific solutions"¹.

The relevance and effectiveness of state policy is demonstrated by the desire of the legislative and executive authorities of Ukraine to determine the main guidelines of state and social development. In particular, the Laws of Ukraine "About the Basic principles (strategy) of the state environmental policy of Ukraine for the period till 2030" of February 28, 2019, No. 2697-VIII, " On Amendments to the Constitution of Ukraine (Regarding the Strategic Course of the State for Acquiring Full-Fledged Membership of Ukraine in the European Union and in the North Atlantic Treaty Organization)" of February 7, 2019, No. 2680-VIII, "On the peculiarities of State policy on ensuring Ukraine's State sovereignty over temporarily occupied territories in Donetsk and Luhansk regions" of January 18, 2018, No. 2268-VIII were legislated in recent years.

"Strategy of National Patriotic Education for 2020–2025", "Concept of Combating Terrorism in Ukraine" approved by Presidential decrees in 2019. That same year, the Cabinet of Ministers of Ukraine approved a National Integrated Border Management Strategy up to 2025; a Strategy on the Prevention and Counteraction to Legalization (Laundering) of the Proceeds from Crime; the Biosafety and Biosecurity Strategy; a National Strategy on HIV/AIDS, Tuberculosis and Viral Hepatitis for 2021–2023; Youth justice strategy 2019–2023; Strategy of medical education development in Ukraine in 2019–2021 and others.

The purpose of the research is to interpret state policy in the context of the activity approach.

To achieve these goals, it will be necessary to:

- substantiate the possible existence of external form of state policy in the form of lawful inaction;
- conduct comparative analysis of the active and passive form of state policy;
- determine the features of state policy as an activity in relation to other types of state activity.

Literature survey. For a long time, state policy has been studied by representatives of various sciences of the social and humanitarian bloc, including V. Bakumenko, O. Kiliievych, O. Kucherenko, G. Muzychenko, M. Piren, V. Romanov, O. Ryabichko, V. Tertychko and other scientists. However, the ratio between action and lawful inaction is mentioned in the context of scientific sources, but needs further clarification and detail.

In order to meet these goals the methodological bases for this study is the activity methodological approach and a set of other methods that allowed to explore the subject and obtain sound conclusions. In particular, the following methods were used: the method of hermeneutics was used for text processing of doctrinal and normative sources; the method of apposition of opposites was provided an opportunity to examine features of coexistence of action and inaction; the method of comparison was an opportunity to compare and identify features of state policy.

Main provisions and result. The study of the current state policy in the form of action or inaction should begin with outlining a set of provisions and problematic debatable aspects arising from understanding the activities and interpretation of state policy in doctrinal and regulatory sources.

One of the first of this provisions is that the actual activity carried out by the subjects for a certain purpose, in relation to certain objects, under certain conditions, it is limited at the time, space, etc. It follows that the same action in a certain area means the inaction of its subject in other areas, therefore the action and inaction cannot be "broken". The next thesis is that the ratio of action and inaction in state policy is related to the problem of "choice" by the duty-bearers to carry out action or inaction, because at the same time, in the same place, the same subject according to its attitude to the world (social situation) decides to take action or don't act, taking into account that the action in one direction simultaneously means inaction in other possible directions.

If the action has its subject, that is, it can be defined as a certain action, the inaction is related to all possible in this situation objects, that is, it is indefinite. The problem of choice in this context in this social situation means, above all, the choice between action and inaction.

¹ Петровський П. М. Теоретико-методологічні основи модернізації публічного управління України // Модернізація системи державного управління: теорія та практика [Текст] : матер. наук.-практ. конф. за міжнар. уч. (9 жовтня 2015 р.) / за наук. ред. чл.-кор. НАН України В. С. Загорського, доц. А. В. Ліпенцева. Львів : ЛРІДУ НАДУ, 2015 . С. 16- 19

It may be added that the relationship between state policy – the action as a set of actions related to one goal and state policy – inaction as a set of inactions. One action, in fact, raised many inactions, and these activities include the action specifically in one direction and inaction in other directions. We, therefore, construe that the purposeful activities also means a set of legitimate inaction.

Inaction has meaning in its own right as self-limitation of action by the subjects as an exceptional, comprehensive and possible set of actions that are further limited to certain and anticipated objects of action, means, methods, etc. In the system of “coordinates” concerning the view of the state policy the action as well as the inaction are conscious and objective provisional character.

It might be argued that state policy as an action, a certain direction, course, goal, etc. is both an inaction in relation to other possible directions and goals. This makes it all the more appropriate that the interpretation of state policy as a certain action that includes many legitimate inactions.

In some social and humanities sciences, in particular in the legal sciences, along with activity, the concept of social behavior is used, it also includes both an action and inaction, and immanently contains an element of communication, it is both conscious and unconscious.

It should be noted that in the English-language literature, the social and humanities sciences are designated as behavioural, that to some extent penetrates into domestic science as can be confirmed in legal and regulatory instruments. For example, the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated April 29, 2015, No. 266 (as amended) “On approval of the list of branches of knowledge and specialties on which the training of applicants for higher education is carried out”. provides for the direction of specialty 05: economics (051), political science (052), psychology (053), sociology (054)² as social and behavioural sciences.

For legal sciences, in particular the general theory of law and state”, along with the concepts of state activity, functions of the state as the areas of state activity, public administration as a type of state activity, it is traditional to distinguish the concept of legal behavior – lawful or unlawful, social behavior as the content of legal relations, the rules of law as the rules of conduct, etc.³. It should be noted that the theory of state is characterized by the use of the concept of state activity, while the general theory of law is characterized by the legal behavior, which covers the concept of legal action and legal inaction.

Such differences in the use of the concepts of “state action” in the theory of state and “legal behavior” in the theory of law are due to the fact that the theory of state focuses on a set of related actions, and the theory of law focuses, in the main, on individual actions and inaction. The famous scientist-lawyer V.M. Kudryavtsev noted that “the law regulates, in the main, actions, not behavior as a set of actions”⁴. However, even one action is usually one action and an indefinite set of inactions, or one inaction and a set of actions. The law, regulating behavior, focuses on either actions or inactions, although it takes into account their unity.

Focusing on determining the legal characteristics of state policy for the most effective use of the tools of legal science, it is advisable to interpret it as a special form of state behavior, covering both public action and inaction.

Regarding the relationship between the conscious and the unconscious, given the dominant importance of the conscious, such behavior is also predominantly conscious, because the unconscious, in the main, can have legal significance at the level of individual rather than collective socially significant behavior. This approach is substantiated by the well-known Ukrainian researcher of legal behavior S.D. Gusarev, whose conceptual vision, in particular, was adopted as a basis for legal interpretation of the performance characteristics of state policy.

The state policy in the context of the ratio of action and inaction has common features with other types of state action/inaction, such as public administration, state regulation and so on. Any activity is subjective and objective, purposeful, procedural, in the process of its implementation the methods and means are used, it consists of certain actions/inactions and carries out in interaction with other subjects, or its absence.

However, it differs from other types of state action/inaction by the peculiarities of the manifestation of these general characteristics in state policy. If we are talking about state policy as an action/inaction, only state bodies can be its direct subjects, it is purposeful and focused on the activities of other subjects. These characteristics form the special properties of state policy, such as public administration as opposed to state regulation.

In turn, there are unique properties of state policy, among which is the purposefulness of state action focusing on determining the strategy, rather than the tactics of social development and the implementation of a set of actions and inactions in these areas.

This strategy is not a relevant activity, it has a separate, independent form and meaning, but it is related to this activity and determines its main, long-term goals, objectives, directions. But this strategy is determined

² Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти Постанова Кабінету міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/266-2015-%D0%BF>

³ Полонка І.А. Генезис сутності правової поведінки та пропозиції щодо поняття. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету Сер.:Юриспруденція. 2014. №10-2. С.28-30

⁴ Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: Норма и патология / Академия наук СССР. Институт государства и права; В.Н. Кудрявцев. – М.: Издательство «Наука», 1982. – 287 с.

(formed) as a result of a certain activity, acquires a permanent form in the form of decisions enshrined in the relevant documents that are the result of such activities. The strategy is substantive, focused on a particular area of public life or a particular activity, embodied through another activity.

Further analysis of state policy as a special state activity is justified in the context of the concepts of state policy formation, its implementation and enforcement, that revealed the understanding of state policy as a subject, a result of one activity to determine long-term orientations of another activity and state policy is increasingly out of touch with these activities and has a relatively independent existence in relation to them, has different purposes, has several roles. This is so because this interpretation, the state policy is no longer actually relevant activity, but acquires other properties and characteristics as solutions, means, goals, mechanisms, etc., such activity should include its formation, implementation and enforcement, and the latter is carried out not in relation to state policy, but in relation to its formation and implementation.

A distinction must be made between the internal and external aspects of state policy as an activity; its internal side as a mental activity that may not have external manifestation and the external side as reflected in specific actions and inactions can be identified.

Accordingly, the structure of state policy depends on the peculiarities of the forms of its objectification, with the intention of identifying in the form of actions, the structure of strategies, legal and regulatory instruments, etc.

Conclusions. It thus considered that for the legal understanding of state policy and related other concepts of the general theory of state and law, the main category is activity (past, current, future), and the interpretation of state policy as a direction or course, means, purpose, process and others are derived from this general understanding of state policy as an activity, because they are different aspects and its components.

However, the features that distinguish state policy from other types of state activity, reflecting its uniqueness, are: strategic state policy, focus on the future (a long-term focus of other activities in various spheres of public life), certainty and objective, through its manifestations in the written form.

Legally, it is important to recognize state policy as a strategy for other activities, as an activity, the subject and result of which is this strategy, as well as it is the result of past activities, which in some way is the reason for its formation.

Annotation.

The purpose of the article is to interpret public policy in the context of a business approach. **The methodological basis** consists of a methodological methodological approach and a set of other methods, which made it possible to investigate the subject and obtain valid conclusions. In particular, the methods of hermeneutics used to elaborate texts of doctrinal and normative sources were used, the method of opposing opposites, which made it possible to identify the peculiarities of coexistence of activity and inactivity, the method of comparison, which made it possible to compare and identify the peculiarities of state policy with respect to other types of state activity. **Scientific novelty.** The article deals with the understanding of state policy depending on its external manifestation of existence in the form of activity or legitimate inaction. **Conclusions.** For the legal understanding of public policy and related concepts, the main category for its interpretation is the activity (past, current, and future). The features that distinguish state policy from other types of state activity are: strategic state policy, focus on perspective, prominence and objectivity. For legal understanding, it is important to recognize public policy as a strategy for other activities, as the subject matter and outcome of which is precisely this strategy.

References:

1. Петровський П. М. Теоретико-методологічні основи модернізації публічного управління України // Модернізація системи державного управління: теорія та практика [Текст] : матер. наук.-практ. конф. за міжнар. уч. (9 жовтня 2015 р.) / за наук. ред. чл.-кор. НАН України В. С. Загорського, доц. А. В. Ліпенцева. Львів : ЛРІДУ НАДУ, 2015 . С. 16- 19
2. Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти Постанова Кабінету міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/266-2015-%D0%BF>
3. Полонка І.А. Генезис сутності правової поведінки та пропозиції щодо поняття. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету Сер.:Юриспруденція. 2014. №10-2. С.28-30
4. Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: Норма и патология / Академия наук СССР. Институт государства и права; В.Н. Кудрявцев. – М.: Издательство «Наука», 1982. – 287 с.

Denis Tikhomirov,

Ph.D. in Law, doctoral student at the National Academy of Internal Affairs Kyiv, Sq. Solomianskaya 1, Ukraine, tel 0672631761,

e-mail: beleg85@gmail.com,

ORCID code <https://orcid.org/0000-0001-8366-8564>

LEGAL REGULATION OF ELECTRONIC PAYMENTS IN THE EUROPEAN UNION

Правове регулювання електронних розрахунків у Європейському Союзі

Ganna Titova

Keywords:

electronic settlement, settlement relations, electronic money, Internet, PSD2 Directive.

Ключові слова:

електронні розрахунки, розрахункові відносини, електронні гроші, мережа Інтернет, Директива PSD2.

Актуальність дослідження. Правове регулювання електронних розрахунків у Європейському союзі стає орієнтиром на шляху до реалізації європейського вектору розвитку України. Активний процес поширення електронних розрахунків у сфері електронної комерції та господарських відносин сприяє розвитку національних економік та формуванню нової якості розрахункових зобов'язань. Бурхливе запровадження інноваційних рішень у сферу електронних платежів, як і поява нових видів послуг та великої різноманітності електронних пристроїв та додатків, в тому числі мобільних, прискорюють процес електронних розрахунків. Пропорційно цьому в останні роки зростають ризики, пов'язані з забезпеченням безпеки в сфері електронних платежів. Це обумовлюється зростанням технічної складності здійснення електронних платежів по всьому світі та появою нових видів платіжних послуг. При цьому безпека і надійність платіжних сервісів є найважливішими умовами ефективного функціонування як самого ринку, так і забезпечення протидії тероризму, торгівлею наркотичними речовинами та зброєю. Сучасні користувачі платіжних послуг повинні бути належним чином захищені від ризиків розголошення власних персональних даних та розкриття фінансової інформації. У багатьох державах-членах ЄС супермаркети, невеликі магазини і приватні продавці надають споживачам аналогічну послугу, котра дозволяє їм оплачувати, наприклад, комунальні послуги та інші регулярні комунальні платежі. Такі послуги з оплати рахунків також повинні розглядатися в якості грошових переказів, якщо уповноважені органи не класифікують таку діяльність як «інші платіжні послуги». За таких обставин для формування належних правових засад обслуговування електронних розрахунків доцільно та необхідно звернути увагу на європейський досвід у досліджуваній сфері.

Стан дослідження теми. Питання електронної комерції, електронних правочинів, інформаційних відносин та електронних розрахунків тощо розглядалися в різному контексті Н. Блажівською, Ю. О. Борисовою, О. Васильєвою, М. М. Дутовим, В. М. Желіховським, О. Кононенко, О. В. Кохановською, А. М. Новицьким, А. В. Чучківською, К. С. Шахбазян та ін.

Водночас питання поняття, особливостей та видів розрахунків у сфері електронної комерції у науковій літературі достатньо широко не досліджувались, що обумовлює актуальність дослідження.

Визначення невирішеного раніше завдання. Правове регулювання електронних розрахунків у Європейському союзі та їх види залишаються малодослідженими питаннями у національній цивільно-правовій теорії та практиці правозастосування.

Основна частина. Питання електронних розрахунків є предметом правового регулювання Директиви 2015/2366 / ЄС, (друга директива про надання платіжних послуг / друга директива про платіжні послуги, скорочено Директива PSD2), що замінила першу директиву 2007/64 / ЄС, (вона ж директива про надання платіжних послуг / директива про платіжні послуги, скорочено Директива PSD1) від 25 листопада 2015 року¹.

Ще в травні 2010 року Єврокомісія опублікувала комюніке «Цифровий порядок денний для Європи» («A Digital Agenda for Europe», COM (2010) 245; - 19 травня 2010 року). У ньому вперше йшлося саме про формування єдиного європейського простору е-комерції та поліпшення умов входу у нього нових учасників, проте в якості інструментів у 2010 році розглядали виключно поширені в той час електронні гарантії. Можна виділити такі стратегічні завдання документа Директива PSD2: продовження міжнародної

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=EN>

інтеграції ринку платіжних послуг і його максимально-ефективна оптимізація; безумовний акцент на заходи щодо захисту відповідних інфраструктур від кіберзлочинів будь-якого роду (важливим елементом цієї директиви є врегулювання попиту на загальний та безпечний зв'язок (CSC), що вимагає аби при автентифікації веб-сайтів та електронних підписів, котрі використовуються під час зв'язку між сторонами фінансових служб, використання кваліфікованих сертифікатів, визначених стандартом eIDAS, а сам стандарт реалізації цих вимог визначений у технічній специфікації ETSI TS 119 495); підтримка заходів, спрямованих на зниження комісійної плати за транзакції; підтримка заходів, спрямованих на забезпечення рівних конкурентних умов для всіх гравців на ринку; безумовний акцент на захисті прав споживача.

В результаті поширення можливостей для споживачів здійснювати електронні розрахунки збільшилися пропорційно і ризики при оплаті товарів і послуг через Інтернет. Аби забезпечити оптимальний рівень безпеки у середовищі Інтернет, Європейське агентство з банківського регулювання і нагляду і Європейський центральний банк розробили «Загальні правила забезпечення безпеки платежів, здійснюваних із використанням мережі Інтернет», які вступили в дію 1 серпня 2015 року. Основне завдання цих правил – захистити гроші споживача (інтернет-користувача) від шахраїв при здійсненні платіжних онлайн-операцій в період, поки Директива PSD2 повністю не вступить в силу, тобто до періоду 2018/2019 року. Державам-членам було дано два роки для впровадження Директиви у своє національне законодавство та правила. 27 листопада 2017 року Європейська Комісія подала Регламент (ЄС) 2018/389, доповнений Директивою PSD2, щодо регуляторних технічних стандартів для надійної автентифікації клієнтів та безпечних відкритих стандартів зв'язку. Положення Директиви PSD2 вводилися в дію, поступово і з 13 січня 2018 року почали замінювати Директиву PSD1. До цієї дати держави-члени Європейського Союзу повинні були впровадити їх у національне законодавство.

В цілому, Директива PSD2 містить положення, що стосуються електронних платежів, здійснених в межах Європейського Союзу. Директива була розроблена для підвищення безпеки електронних платежів. Її головною метою також є забезпечення захисту даних осіб, які користуються послугами фінансових суб'єктів. Директива PSD2 також призначена для сприяння виконанню міжнародних платежів у межах ЄС та покращення їх інтеграції.

Важливою метою директиви PSD2 є також внесення змін на ринок платежів шляхом створення нових фінансових структур. Результатом має стати підвищення конкурентоспроможності, розширення пропозиції, доступної для споживачів, та зміна цін на їх послуги. Запровадження положень Директиви PSD2 створили систему додаткового захисту операції з ідентифікації клієнтів, здійснення оплатою картою та інтернет-розрахунки. Так, наприклад, Директива PSD2 запровадила обов'язкове підтвердження ідентифікації власника картки або рахунку через додаткове введення коду, отриманого через послугу SMS, або коду із банківської програми, встановленої на мобільному телефоні власника банківського рахунку, запровадила введення додаткового паролю, якщо власник облікового запису хоче перевірити свою історію, з одночасним скороченням тривалості сеансу входу користувачів.

Проте, найбільш важливим досягненням Директиви PSD2 стало окреслення кола суб'єктів надання послуг у сфері електронних розрахунків. Відповідно до положень Розділу 1 Директиви PSD2: «Ця Директива встановлює правила, відповідно до яких держави-члени ЄС повинні розрізняти такі категорії провайдерів платіжних послуг:

(А) кредитні організації, визначені в пункті (1) Статті 4 (1) Регламенту № 575/2013/ЄС Європейського Парламенту та Ради, в тому числі їх філії в розумінні пункту (17) Статті 4 (1) цього Регламенту, якщо такі філії знаходяться в Європейському Союзі, а головні офіси цих філій знаходяться або всередині ЄС або, відповідно до статті 47 Директиви 2013/36/ЄС та національного законодавства, за межами Європейського Союзу;

(В) інститути електронних грошей, в розумінні пункту (1) статті 2 Директиви 2009/110/ЄС, в тому числі, відповідно до статті 8 цієї Директиви і відповідно до національного законодавства, їх філії, якщо такі філії знаходяться всередині Європейського Союзу, а їх головні офіси знаходяться за межами Європейського Союзу, якщо платіжні послуги, що надаються такими філіями, пов'язані з емісією електронних грошей;

(С) поштові відділення, які мають право надавати платіжні послуги відповідно до національного законодавства;

(Сі) платіжні установи;

(Е) ЄЦБ і національні центральні банки в тих випадках, коли вони виступають не як грошово-кредитних органів чи інших державних органів;

(1) держави-члени ЄС і їх регіональні або місцеві владні органи в разі, якщо вони не виступають в якості державних органів»¹.

Також, Директива PSD2 дозволила класифікувати фінансові установи, що діляться на два типи (відповідно до виду їх ліцензії): PISP (*Payment Initiation Service Provider*) – ці суб'єкти можуть ініціювати операції від імені споживачів (за їх згодою) та виступати посередниками в оплаті; AISP (*Account Information Service*

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=EN>

Providers) – якщо клієнт має кілька рахунків, ці установи можуть надати йому дані з кожного з них в одному місці.

У перспективному українському законодавстві ми знаходимо відображення закріпленої у Директиві PSD2 структури суб'єктів, що мають право на обслуговування відповідних засобів електронних розрахунків. Так, проект Закону України «Про платіжні послуги» в ч.1 ст. 10 дає такий перелік «постачальників платіжних послуг»: банки; платіжні установи (в тому числі малі платіжні установи); філії іноземних платіжних установ; установи електронних грошей; фінансові установи, що мають право на надання платіжних послуг; оператори поштового зв'язку; постачальники нефінансових платіжних послуг; Національний банк України; органи державної влади (місцевого самоврядування). Надавати платіжні послуги мають право лише особи, зазначені у частині першій цієї статті².

Як стає очевидно при здійсненні порівняння положень проекту Закону України «Про платіжні послуги» та Директиви PSD2, коло визначених ними суб'єктів в цілому співпадає. Зазначене підштовхує правову систему України до встановлення більш «просунутих» інструментів правового регулювання обслуговування відповідних засобів електронних розрахунків.

Таким чином, ключова теза Директиви PSD2: банк буде зобов'язаний надати провайдеру платіжних послуг фінансову інформацію про клієнта і списати гроші з його рахунку, навіть без укладення окремого договору. Достатньо всього лише доручення клієнта. Саме для цього і вводиться два нових поняття. Це Сервіси ініціації платежів (*Payment Initiation Service Provider*) та сервіси агрегації фінансової інформації (*Account Information Service Providers*). Перший тип ліцензії безпосередньо дає право на фінансові операції. Другий – на отримання фінансової інформації. Для забезпечення безпеки вся інформація про власників цих ліцензій буде зберігатися в єдиному реєстрі ЄС, який планується створити. Тобто, по-перше, система договірних відносин замінюється на простий автоматизований алгоритм обміну інформацією. А по-друге, ключову роль починають грати провайдери платежів, а не власники фондування. Наприклад, процесингова компанія, а не банк (якщо, звичайно, банк не надає, крім іншого, й процесингові послуги). У цьому випадку йдеться про відхід від монопольного становища банків у сфері грошових операцій.

Таким чином, неминуче зросте важливість вибору своєї процесингової компанії або банку, котрі якісно надають також і процесингові послуги (процесинговий центр банку, як правило, побудований на базі програмного продукту компанії BPC Group Banking Technologies і обчислювальних серверів IBM Power 7XX та містить увесь спектр передових технологій карткової індустрії: емісію платіжних карток, торговий екваєринг, авторизацію та електронний обмін файлів, моніторинг ризиків, претензійну роботу, інтернет-комерцію. Обслуговуються як картки з магнітною смугою, так і чіп-картки). Так, за даними аудиторсько-консалтингової компанії Deloitte, чверть своїх доходів – 128 млрд. дол. – банки ЄС заробили в 2016 році саме на процесингових послугах.

Також на платіжному ринку з'явиться цілий ряд нових послуг. Наприклад, в один клік з мобільного пристрою можна буде зробити два невеликих платежі. Обрана користувачем процесингова компанія, отримавши доступ до банківської інформації клієнта, зможе запропонувати схему оптимального планування його витрат, або підібрати іпотеку з більш низькою процентною ставкою і навіть оформити її. Зрозуміло, що більш повна банківська інформація про клієнта може допомогти і при оформленні небанківського кредиту.

Варто відзначити, що під дію Директиви PSD2 не потрапляють покупки квитків, програмного забезпечення, благодійність та інші подібні транзакції на суму до 50 євро (300 євро в місяць), які виконуються через телекомунікаційних операторів. Не поширюється Директива PSD2 і на платіжні інструменти з обмеженим функціоналом, наприклад, призначені для обслуговування окремої торгової точки або вузького товарного сегмента. Безумовно, якщо Директива PSD2 буде реалізована послідовно і в повному обсязі, то ринок платіжних рішень зміниться кардинально. Окремо наголосимо, що платіжна діяльність, яка охоплюється виключеннями описаними у Директиві PSD2, наприклад, платіжні інструменти, які приймаються до оплати в обмеженому числі торгових точок, насправді, часто становить значні обсяги, що дозволяє споживачам оплачувати сотні або тисячі різних товарів і послуг. Це призводить до створення зайвих ризиків через відсутність правового захисту для користувачів таких платіжних послуг. Для обмеження цих ризиків використання одного і того ж інструмента для оплати угод з придбання товарів і послуг в рамках більш, ніж однієї обмеженої мережі, або для придбання необмеженого асортименту товарів і послуг має бути неможливим. Платіжний інструмент повинен розглядатися як такий, що працює в обмеженій мережі, у таких випадках: по-перше, для покупки товарів і послуг в певному магазині або певної торгової мережі, де суб'єкти безпосередньо пов'язані комерційною угодою, котра, наприклад, передбачає використання єдиного платіжного бренду і цей платіжний бренд використовується в точках продажу; по-друге, для придбання дуже обмеженого асортименту товарів або послуг, наприклад, функціонально пов'язаних із іншими товарами або послугами, незалежно від географічного розташування пункту продажу; по-третє, там, де

² Про платіжні послуги : проект Закону України. https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Draft_Law_Ukraine_Payment%20Services_2020.pdf

платіжний інструмент регулюється національним або регіональним органом державної влади у зв'язку з певними соціальними або податковими цілями для придбання конкретних товарів або послуг.

Директива PSD2, включає вимоги, яким повинні відповідати постачальники послуг (включно із банками). Директива PSD2 вимагає від банків докладати максимум зусиль для забезпечення надійного захисту персональних даних. Із цієї причини банки зобов'язані адаптувати один із інтерфейсів, що надаються користувачеві, або надати спеціальний API (англ. Application programming interface – спеціальний алгоритм, який дозволяє власникам сайтів автоматично завантажувати інформацію), що використовується для зв'язку між базами даних, програмами та послугами. Сучасні API часто набувають форми веб-сервісів, що надають користувачам (як людям, так і іншим веб-сервісам) певну інформацію. Зазвичай, ця процедура обміну інформацією і формат передачі даних структуровані, щоб обидві сторони знали, як взаємодіяти між собою. Хоча існує безліч форматів даних, за допомогою яких користувачі взаємодіють з API, найбільш уживаним залишається формат передачі даних XML – жорстко ієрархічно структурований формат передачі даних. Також, зазвичай, для використання API потрібен спеціальний ключ, за допомогою якого сервер дізнається про користувача. API-ключ може бути відсутнім або надаватися за запитом (наприклад, після реєстрації на сайті).

Спільним для всіх суб'єктів обслуговування відповідних засобів електронних розрахунків є дотримання ряду вимог. Так, дана Директива вводить нейтральне визначення еквайрингу платіжних операцій для того, щоб позначити не тільки традиційні моделі еквайрингу, сфокусовані навколо використання платіжних карт, але й інші бізнес-моделі, включаючи ті, де беруть участь більше одного еквайра. При цьому слід переконатися, що магазини отримують той же рівень захисту, що і при еквайрингу карт, незалежно від того, який використовується платіжний інструмент. Технічні послуги, що надаються провайдером платіжних послуг, такі як обробка та зберігання даних або обслуговування терміналів, не повинні вважатися еквайрингом.

Більш того, деякі моделі еквайрингу не передбачають фактичну передачу грошових коштів еквайєром одержувачу, так як сторони можуть узгодити інші форми взаєморозрахунків. Після прийняття Директиви PSD2 ЄС виникли нові види платіжних послуг, особливо у сфері інтернет-платежів. Зокрема, активно розвиваються послуги з ініціації платежів у сфері електронної комерції. Ці платіжні послуги відіграють сьогодні провідну роль в електронній комерції, створюючи програмне забезпечення для роботи між сайтом продавця і платформами онлайн-банкінгу постачальника платіжних послуг з обслуговування рахунку платника.

Крім того, в останні роки технологічний розвиток призвів до появи цілого ряду додаткових послуг, наприклад, таких, як послуги з агрегації фінансової інформації. Такі послуги надають користувачеві платіжних послуг агреговану інформацію щодо одного або кількох платіжних рахунків, відкритих у одного або декількох провайдерів платіжних послуг і доступних через Інтернет. Таким чином, користувач платіжних послуг у будь-який момент може отримати загальне уявлення про своє фінансове становище. Такі послуги повинні підпадати під дію Директиви PSD2 ЄС з метою належного захисту платіжних та облікових даних споживачів, а також правової визначеності про статус провайдера послуг по агрегації фінансової інформації.

Персональні облікові дані, що використовуються для безпечної аутентифікації клієнта користувачем платіжних послуг або провайдером послуг з ініціації платежів, як правило, зберігаються провайдером платіжних послуг, де у клієнта відкритий рахунок. Директива PSD2 ЄС фактично запроваджує наступну формулу: провайдер послуг з ініціації платежів не зобов'язаний вступати в договірні відносини з провайдером платіжних послуг, де у клієнта відкритий рахунок, а також, незалежно від бізнес-моделі, використовуваної провайдером послуг з ініціації платежів, провайдер платіжних послуг, де у клієнта відкритий рахунок, повинен надати можливість провайдеру послуг по ініціації платежів покладатися на свої процедури аутентифікації, для ініціації платежу від імені платника.

На окрему увагу сьогодні як у Європейському Союзі, так і в Україні, заслуговують питання обігу криптовалюти. Важливість використання криптовалюти у ситуації подолання економічної кризи викликаної поши. На рівні органів управління ЄС тривалий час зберігалось нейтральне ставлення до необхідності правового регулювання використання криптовалюти. ЄС тривожно поставилися до ідеї запуску «Фейсбук» криптовалюти Libra, заборонивши її ходіння на своїй території через непередбачуваність ризиків, які могли спричинити за собою поява нового платіжного засобу і, фактично, потопивши у «зародку» ініціативу Марка Цукерберга¹.

В 2016 Європейська комісія запропонувала встановити додаткове регулювання для криптовалютних бірж і компаній, що надають криптовалютні гарантії користувачам: забезпечити обов'язкову реєстрацію або ліцензування діяльності криптовалютних бірж, які здійснюють обмін криптовалюти на фіатні гроші і навпаки, і компаній, що надають криптовалютні гарантії користувачам. 3 15 грудня 2017 року влада ЄС схвалили рішення про обов'язкову ідентифікацію користувачів криптовалютних бірж.

¹ Правовой статус криптовалют в Европе: о чем нужно помнить. URL: <https://currency.com/ru/pravovoj-status-kriptovalyut-v-evrope>

У 2020 році Європейська комісія вперше запропонувала законодавство ЄС про криптоактиви - цифрове вираження цінностей або прав, які можуть зберігатися і продаватися в електронному вигляді.

Висновки та пропозиції дослідження. У результаті проведеного аналізу, наголосимо на таких принципових позиціях. Так, українське законодавство має здійснити імплементацію положень Директиви PSD2 ЄС, яка охоплює різноманітні питання обігу електронних грошей. Особливе значення при цьому відіграє нормативно-правове регулювання забезпечення охорони персональних облікових даних, що використовуються для безпечної аутентифікації клієнта. Також, на національному рівні необхідно врегулювати питання діяльності з використання криптовалюти, в процесі електронних розрахунків.

Анотація.

Стаття присвячена питанням суб'єктів, що мають право на обслуговування засобів електронних розрахунків та їх видів у європейській практиці та перспективному національному законодавстві. Безпека і надійність платіжних сервісів є найважливішими умовами ефективного функціонування як самого ринку, так і забезпечення протидії протиправним явищам. Платіжні послуги є основою для сучасної економічної і соціальної діяльності. В результаті проведеного аналізу класифікації та особливостей правового статусу суб'єктів, що мають право на обслуговування відповідних засобів електронних розрахунків, було наголошено на окремих принципових позиціях. Так, було підкреслено, що коло таких суб'єктів має бути вичерпно визначено у національному законодавстві. Проаналізовано положення європейської Директиви PSD2, які вводилися в дію поступово і з 13 січня 2018 року почали замінювати Директиву PSD1. Зазначено, що за основу класифікації доцільно використати перелік суб'єктів, закріплений у Директиві PSD2 Європейського Союзу. Наголошено на тому, що необхідно докорінно змінити ситуацію щодо здійснення процесу емітування електронних грошей, суб'єктами якої в Україні є виключно банки. У цьому випадку також варто використати європейську практику та положення згаданої Директиви PSD2. На національному рівні необхідно врегулювати питання діяльності суб'єктів, які здійснюють операції з криптовалютами, окреслити їх права та обов'язки у сфері захисту персональних даних та електронних активів клієнтів.

Annotation.

The paper is dedicated to issues on entities that have the right to service means of electronic accounting and their types in European practice and perspective national legislation. Safety and reliability of payment services are the most important conditions of effective activities the market as well as providing counteraction to illegal phenomena. Payment services are the basis for current economic and social activities. Particular principled points were separated as a result of analysis of classification of entities that have the right to service appropriate means of electronic accounting and of legal status of these subjects. Thus, the statement on exhaustive defining of the list of entities in national legislation is emphasized. The statements of European PSD2 Directive that were implemented step by step and on January 13, 2018 have begun to replace the PSD1 Directive are analyzed. There is noted that it is expedient to use the list of entities enshrined in the PSD2 Directive of the European Union as a basis for classification. There is stressed on necessity to change the state of the electronic money emission process as the entities of it in Ukraine are banks. In this case, the European practice and the provisions of the mentioned PSD2 Directive. At the national level, it is necessary to regulate the activities of entities engaged in cryptocurrency transactions, outline their rights and responsibilities in the field of protection of personal data and electronic assets of customers.

References:

1. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. URL. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=EN>
2. Про платіжні послуги : проект Закону України. URL.https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Draft_Law_Ukraine_Payment%20Services_2020.pdf.
3. Євросоюз хоче використовувати криптоактиви для відновлення економіки URL.<https://www.epravda.com.ua/news/2020/09/13/665034/>
4. New economic recovery plan europe next generation/ URL. <https://ccir.ro/2020/07/31/new-economic-recovery-plan-europe-next-generation-eu/#:~:text=FINANCING%20THE%20RECOVERY%20PLAN,billion%20Euros%20from%20financial%20markets.>
5. Правовой статус криптовалют в Европе: о чем нужно помнить. URL. <https://currency.com/ru/pravovoj-status-kriptovalyut-v-evrope>

Ganna Titova,

Postgraduate Student of Department of Civil Law and Procedure, Khmelnytsky University of Management and Law named after Leonid Yuzkov, Khmelnytsky

INSTITUTIONAL AND LEGAL SUPPORT OF THE ACTIVITIES OF TERRITORIAL COMMUNITIES: REALITIES AND CHALLENGES

Інституційно-правове забезпечення діяльності територіальних громад: реалії та виклики

Olga Tsitsyk

Key words:

local self-government, territorial community, decentralization, regional policy, reform, Law of Ukraine "On Voluntary Association of Territorial Communities", legal support, development.

Ключові слова:

місцеве самоврядування, територіальна громада, децентралізація, регіональна політика, реформа, Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», нормативно-правове забезпечення, розвиток.

Постановка проблеми. Децентралізація, яка відбувається в Україні упродовж останніх років та визнана як одна з найбільш успішних реформ, є доволі складним і апіорі неоднозначним процесом для розвитку політико-правової та соціально-економічної системи кожної держави, зокрема в коротко- та середньостроковому періоді. Підтвердженням цього є досвід країн, які вже здійснили реформи такого типу, а також вітчизняна практика. Безумовно не всі результати децентралізації в Україні можна вважати однозначно позитивними. Зроблені кроки зумовили певні ризики для територіального розвитку держави та нові виклики для регіональної політики, які неодмінно повинні бути враховані на наступних етапах.

2014 р. для України ознаменувався початком формування правового поля для практичної імплементації ідеї адміністративної децентралізації та низки секторальних реформ, спрямованих на посилення спроможності територіальних громад як базових одиниць системи місцевого самоврядування. Ефективний розвиток територіальної громади вимагає оптимального використання її потенціалу. Тому, всі його аспекти необхідно враховувати у процесі опрацювання та реалізації стратегії розвитку, а також розробленні нормативно-правових документів як місцевого, так і загальнодержавного рівня. Такий підхід безпосередньо стосується забезпечення життєдіяльності територіальної громади, має відповідати інтересам населення та європейським засадам державної політики. Відтак, дослідження проблеми формування нормативно-правового забезпечення територіальної громади сьогодні є надзвичайно актуальним, зокрема це пов'язано із набуттям чинності 6 грудня 2020 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування окремих питань організації та діяльності органів місцевого самоврядування та районних державних адміністрацій»

Аналіз досліджень і публікацій. Науково-правовий дискурс визначається цілою низкою досліджень, в яких аналізується проблеми місцевого самоврядування. Зокрема, слід відзначити наукові розвідки В. Бабаєва, О. Батанова, В. Борденюка, Р. Брусака, П. Ворони, П. Гураль, М. Гірняк, В. Дрешпака, Г. Дробенка, І. Дробота, І. Дробуш, І. Залуцького, Н. Камінської, І. Ковалевич, І. Козюри, В. Кравченка, В. Куйбіди, М. Лендєл, В. Мамонової, О. Невелева, В. Новик, О. Панухник, О. Петришин, М. Пухтинського, І. Салія, Ю. Свірського, С. Серьогіна, А. Ткачук, А. де Токвіля, Ю. Шарова та ін. Втім, питання інституційно-правового забезпечення діяльності територіальних громад не було предметом окремого ґрунтовного аналізу, окрім того воно потребує нового підходу розуміння у контексті нових змін законодавства.

Метою статті є здійснити всебічний аналіз інституційно-правового забезпечення діяльності територіальних громад у контексті нових змін законодавства, зокрема визначити сучасні ризики та виклики для територіального розвитку держави.

Виклад основного матеріалу. Реформа місцевого самоврядування та територіальної організації влади в контексті децентралізації, концептуальні засади якої були визначені у 2014 р., а їх практична реалізація розпочалась у 2015 р., стала однією із найрезультативніших та найпомітніших тенденцій стратегічного курсу держави. Реформа децентралізації в Україні є спрямована на формування сучасної системи місцевого самоврядування на основі європейських цінностей розвитку місцевої демократії, делегування територіальним громадам повноважень, які забезпечать їх самостійний розвиток. Тобто, реформа місце-

вого самоврядування передбачає формування локальних «центрів відповідальності» ефективного територіального розвитку в усіх сферах суспільного життя¹.

Вихідною точкою здійснення аналізу будь-яких реформ є інституційно-правове забезпечення. В Україні на концептуальному рівні до децентралізації застосовано дуалістичний підхід, який полягає не тільки в забезпеченні ефективного місцевого самоврядування та спроможності адміністративно-територіальних одиниць базового рівня, але й утвердженні державної регіональної політики. Аргументацією цього є ухвалення Верховною Радою України План законодавчого забезпечення реформ, в якому окреслено орієнтири здійснення реформ та визначено засоби (у формі законодавчих актів, необхідних для прийняття) їх реалізації².

Проблему децентралізації розкрито у Розділі 3 «Регіональна політика та децентралізація», який чітко називає законодавчі акти, необхідні для прийняття, та визначає часові межі виконання завдання. Процес реформи передбачає три напрямки її реалізації: 1) адміністративно-територіальний устрій; 2) децентралізація влади та реформа місцевого самоврядування; 3) реформування служби в органах місцевого самоврядування. Терміни ухвалення законопроектів визначені 2016 роком, втім нині з 11 прийняті лише 2 законопроекти. Також Міністерством регіонального розвитку³, будівництва та житлово-комунального господарства визначено 17 законопроектів, які є надтерміновими для подальшого поступу реформи.

Законодавчими актами, які стали основоположними у здійсненні реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади, є: Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», «Методика формування спроможних територіальних громад», Закони України «Про співробітництво територіальних громад», «Про засади державної регіональної політики», «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформи міжбюджетних відносин», «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» та інші⁴.

Натомість неприйнятими дотепер залишаються законопроекти «Про внесення змін до Конституції (щодо децентралізації влади)», «Про службу в органах місцевого самоврядування», «Про засади адміністративно-територіального устрою», «Про порядок утворення, ліквідації районів, встановлення і зміни їх меж» тощо. Ці та інші законопроекти на сьогодні є зареєстрованими у Верховній Раді України. Передбаченими Планом законодавчого забезпечення реформ в Україні є також внесення змін до законів України «Про місцеве самоврядування» та «Про органи самоорганізації населення», а теж прийняття закону про місцеві органи виконавчої влади⁵.

Концепцією реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади було передбачено два етапи проведення реформи та часові межі їх реалізації: підготовчий етап (2014 р.) та другий етап (2015–2017 рр.). Втім, визначених строків не дотримано через різні причини та обставини, тому урядом було запроваджено новий план-графік реалізації реформи. Згідно якого до середини 2020 р. мало здійснитися формування спроможних територіальних громад, яке б відповідало вже ухваленому закону про адміністративно-територіальний устрій в Україні. Так, 12 червня 2020 року Кабінет Міністрів України прийняв 24 розпорядження щодо визначення адміністративних центрів та затвердження територій громад областей⁶. Відтак, в Україні створено 1469 спроможних територіальних громад (в т. ч. 31 територіальних громад на непідконтрольній території в межах Донецької та Луганської областей)⁷.

Після місцевих виборів (25 жовтня 2020 р.) новостворені органи місцевого самоврядування розпочали роботу, втім більше половини із 1469 громад не мають жодного досвіду роботи із такими повноваженнями, відповідальністю та ресурсами. Як показують реалії їм доволі складно зорієнтуватися у чинному законодавстві та швидко формувати ефективні органи управління. Слушно зауважує Заступник Міністра розвитку громад та територій В. Негода, що «нині чинне національне законодавство не адаптоване до

¹ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування окремих питань організації та діяльності органів місцевого самоврядування та районних державних адміністрацій». *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1009-IX#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

² Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Постанова Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80> (дата звернення: 21.11.2020).

³ План законодавчого забезпечення реформ в Україні: постанова Верховної Ради від 4.06.2015 р. № 509-VIII. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/509-19#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

⁴ Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19 (дата звернення: 21.11.2020).

⁵ Методика формування спроможних територіальних громад. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/214-2015-%D0%BF#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

⁶ Закон України «Про співробітництво територіальних громад». *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-18#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

⁷ Закон України «Про засади державної регіональної політики». *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156-19#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

нової системи територіального устрою, тому нагальною потребою постає його удосконалення, над чим активно працюють депутати та профільні асоціації».

Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо впорядкування окремих питань організації та діяльності органів місцевого самоврядування і районних державних адміністрацій» (далі – Закон України 1009-IX від 17.11.2020 р.), що набув чинності 6 грудня 2020 р. зроблено чергову спробу врегулювати питання процедури реорганізації юридичних осіб публічного права, яка в Україні до цього часу практично була відсутня або мала системного характеру¹.

Саме особливості публічного правонаступництва юридичних осіб не були відображені в національному законодавстві, відповідно до якого всі владно-управлінські функції та матеріально-правові зобов'язання суб'єкта-попередника повинні бути передані до суб'єкта- правонаступника, який відповідно, має надалі виконувати зобов'язання перед фізичними (юридичними) особами².

Необхідно зауважити, що Закон України 1009-IX від 17.11.2020 р. мав бути ухвалений та набрати чинності до проведення місцевих виборів. Проте, його запізнене ухвалення та набрання чинності аж наприкінці року, зумовили певне непорозуміння щодо застосування законодавчих норм з огляду на часові межі, необхідні для проведення дій з реорганізації.

Відповідно до міжнародного, і передусім європейського досвіду, основними нормативно-правовими актами, які регламентують діяльність територіальних громад, є їхні статuti. Згідно з ч. 1 ст. 19 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» з метою врахування історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей здійснення місцевого самоврядування представницький орган місцевого самоврядування на основі Конституції України та в межах зазначеного Закону може прийняти статут територіальної громади села, селища, міста.

Проаналізувавши цю норму Закону, слід виокремити кілька важливих аспектів. По-перше, статут територіальної громади (далі – Статут) не є обов'язковим документом, себто він може бути прийнятим у громаді, або й бути відсутнім. Затвердження статуту належить виключно до компетенції територіальної громади і лише вона має право його затверджувати³.

По-друге, Статут як і будь-який інший акт органу місцевого самоврядування повинен відповідати принципу законності. Тобто розробляючи, погоджуючи з громадськістю та затверджуючи Статут, відповідна рада повинна діяти виключно у межах та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України. Це означає, що, незважаючи на можливі прогалини національного законодавства, Статут не може передбачати нові поняття та терміни, визначення яких віднесено до компетенції інших органів влади. Окрім того, Статут повинен вирішувати питання виключно місцевого значення, і найважливіше, при його розробці необхідно звернути особливу увагу на забезпечення балансу приватних та публічних інтересів мешканців територіальної громади, захист прав й законних інтересів людини та громадянина⁴.

По-третє, зрозуміло, що метою Статуту є підтримувати, зберігати та розвивати ті історичні, національно-культурні, соціально-економічні та інші особливості здійснення місцевого самоврядування, які характерні певній територіальній громаді. Ці особливості вирішує сама громада через відповідну місцеву раду в межах дозволених законодавством.

Згідно законодавства статут є єдиним документом, який ухвалюється на місцевому рівні, також він може визначити порядок реалізації таких інструментів безпосередньої участі громадян у вирішенні питань місцевого значення, як загальні збори та місцеві ініціативи.

З огляду на вищезазначене, у Статуті доцільно теж регламентувати питання взаємодії громадськості з органами та посадовими особами місцевого самоврядування, порядок створення й забезпечення діяльності органів самоорганізації населення та інші важливі питання. Разом з тим, Статут не може дублювати інші системні акти, якими регламентується діяльність різних органів місцевого самоврядування, приміром регламенти Ради та виконавчого комітету Ради⁵, положення про постійні депутатські комісії тощо.

Зауважимо і те, що законодавцем не передбачено типової чи іншої обов'язкової форми Статуту, а відтак кожна територіальна громада має право самостійно визначати структуру та зміст розробленого та затвердженого нею документа⁶.

¹ Закон України «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформи міжбюджетних відносин» База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/79-19#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

² Про формування територіальних громад. URL: <https://decentralization.gov.ua/gromadas/legislation> (дата звернення: 21.11.2020).

³ Закон України «Про місцеве самоврядування». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

⁴ Закон України «Про органи самоорганізації населення». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2625-14#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

⁵ Про формування територіальних громад. URL: <https://decentralization.gov.ua/gromadas/legislation> (дата звернення: 21.11.2020).

⁶ З'явився посібник, який допоможе новоствореним громадам розпочати ефективно працювати. URL: <https://decentralization.gov.ua/news/12969> (дата звернення: 21.11.2020).

Про значимість та доцільність цього документу В. Негода зауважує «Статут має стати внутрішнім регламентом, нормативним документом не лише самої ради чи виконавчих органів, а всієї територіальної громади. Важливо, щоб кожна громада, виходячи зі своїх особливостей, традицій, складу, вибудувала власну модель функціонування. Статут не повинен бути просто формальним документом, він має стати внутрішньою конституцією громади. Створити такий статут – одне з першочергових завдань кожної громади на шляху до розвитку місцевої демократії»

Висновки. Аналізуючи відповідні законодавчі зміни, слід зауважити, що чимало проблем місцевого самоврядування потребують вирішення. Зокрема, це стосується питань реформування сфер охорони здоров'я, освіти, культури, соціальних послуг, енергоефективності тощо. З метою оптимальнішого впровадження функцій децентралізації влади та надання максимальних можливостей для самоврядування потрібно ухвалити низку законів України, зокрема: «Про місцеву службу в органах місцевого самоврядування», «Про державний нагляд за законністю рішень органів місцевого самоврядування», «Про муніципальні варти» тощо.

Всі означені закони повинні враховувати адміністративно-територіальний устрій України, види населених пунктів, повноваження територіальних громад, мотивацію місцевих службовців, а також закони про вибори та місцеве самоврядування. Повноваження між рівнями управління мають бути розмежовані за принципом субсидіарності, а мешканці територіальної громади повинні мати затверджене право впливу на місцеву владу.

Спроможна громада з ініціативними та працьовитими мешканцями спроможна забезпечити високий рівень життя соціуму, якщо основними пріоритетами визначено охорону правопорядку, медицину, освіту, культуру, дорожню галузь та ін. Спроможна громада швидко зможе розвиватися лише із-за наявності на національному рівні нормативно-правової бази. З її допомогою планується розвиток, залучаються інвестиції, розвивається економіка, що сприяє місцевому підприємництву щодо швидкого одержання адміністративних і соціальних послуг у частині реєстрації бізнесу, ліцензування, одержання довідок, субсидій, соціальної допомоги.

Отже, для подальшого успішного розвитку процесу децентралізації в Україні слід завершити формування необхідної законодавчої бази шляхом прийняття важливих нормативних актів. Також для позитивної реалізації децентралізації доконечна загальна мобілізація та публічна підтримка як з боку усіх політичних сил, так і всіх соціальних прошарків українського суспільства. Така консолідація позитивно вплине на розвиток місцевого самоврядування шляхом створення ефективного механізму функціонування територіальних громад, а також дасть відповідний поштовх нашій державі до справді якісних змін і перетворень на шляху до європейської інтеграції.

Анотація.

У статті здійснено всебічний аналіз інституційно-правового забезпечення діяльності територіальних громад у контексті нових змін законодавства, зокрема визначено сучасні ризики та виклики для територіального розвитку держави. Реформа децентралізації в Україні є спрямована на формування сучасної системи місцевого самоврядування на основі європейських цінностей розвитку місцевої демократії, делегування територіальним громадам повноважень, які забезпечать їх самостійний розвиток. Тобто, реформа місцевого самоврядування передбачає формування локальних «центрів відповідальності» ефективного територіального розвитку в усіх сферах суспільного життя. Для подальшого успішного розвитку процесу децентралізації в Україні слід завершити формування необхідної законодавчої бази шляхом прийняття важливих нормативних актів. Також для позитивної реалізації децентралізації доконечна загальна мобілізація та публічна підтримка як з боку усіх політичних сил, так і всіх соціальних прошарків українського суспільства.

Annotation.

The article provides a comprehensive analysis of the institutional and legal support of territorial communities in the context of new changes in legislation, in particular, identifies current risks and challenges for the territorial development of the state. The decentralization reform in Ukraine is aimed at forming a modern system of local self-government based on European values of local democracy development, delegating powers to territorial communities that will ensure their independent development. That is, the reform of local self-government provides for the formation of local "centers of responsibility" for effective territorial development in all spheres of public life. For the further successful development of the decentralization process in Ukraine, the formation of the necessary legal framework should be completed by adopting important regulations. Also, for the positive implementation of decentralization, general mobilization and public support from all political forces and all social strata of Ukrainian society is final.

References:

1. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування окремих питань організації та діяльності органів місцевого самоврядування та районних державних адміністрацій».

База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1009-IX#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

2. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Постанова Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80> (дата звернення: 21.11.2020).

3. План законодавчого забезпечення реформ в Україні: постанова Верховної Ради від 4.06.2015 р. № 509-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/509-19#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

4. Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19 (дата звернення: 21.11.2020).

5. Методика формування спроможних територіальних громад. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/214-2015-%D0%BF#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

6. Закон України «Про співробітництво територіальних громад». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-18#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

7. Закон України «Про засади державної регіональної політики». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156-19#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

8. Закон України «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформи міжбюджетних відносин» База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/79-19#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

9. Про формування територіальних громад. URL: <https://decentralization.gov.ua/gromadas/legislation> (дата звернення: 21.11.2020).

10. Закон України «Про місцеве самоврядування». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

11. Закон України «Про органи самоорганізації населення». База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2625-14#Text> (дата звернення: 21.11.2020).

12. Про формування територіальних громад. URL: <https://decentralization.gov.ua/gromadas/legislation> (дата звернення: 21.11.2020).

13. З'явився посібник, який допоможе новоствореним громадам розпочати ефективно працювати. URL: <https://decentralization.gov.ua/news/12969> (дата звернення: 21.11.2020).

Olga Tsitsyk,

*Department of Theory and History of State and Law,
constitutional and international law
Lviv State University of Internal Affairs*

INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS OF THE RIGHT TO PEACEFUL PUBLIC

Міжнародно-правові стандарти права на мирні публічні зібрання

Olga Turchenko, Andriy Zagorodniuk

Key words:

international standards, the right to peaceful assembly, principles of the right to peaceful assembly (presumption in favor of holding assemblies; positive state obligation to facilitate and protect peaceful assemblies; legality; proportionality; non-discrimination; proper administration, administrative responsibility).

Ключові слова:

міжнародні стандарти, право на мирні зібрання, принципи права на мирні зібрання (презумпція на користь проведення зібрань; позитивне зобов'язання держави щодо сприяння мирним зібранням та їх захисту; законність; пропорційність; недискримінація; належна адміністрація; відповідальність адміністративного органу).

Постановка проблеми. Існування правової держави передбачає реалізацію основних прав і свобод людини та громадянина, їх гарантування за захист. Право на свободу мирних зібрань є фундаментальним правом людини, змістом якого є «можливість вільно і необмежено виражати, обговорювати, роз'яснювати, переконувати та поширювати в будь-якій формі (в межах закону) свої думки, переконання та погляди з усіх питань суспільного, політичного, економічного та суто культурного життя країни, зокрема важливих питань, пов'язаних з обговоренням проектів законів та рішень загальнодержавного й місцевого значень»¹. В основу зазначеного права покладено фундаментальне поняття свободи, що, в тому числі, включає і зобов'язання держави забезпечити кожній людині ефективну реалізацію даного права, тому, враховуючи численні акції протесту, які неодноразово відбувалися в Україні, забезпечення права на мирні зібрання набуває особливого значення.

Визнання прав і свобод людини найвищою соціальною цінністю вимагає створення належної системи міжнародного захисту прав людини, вироблення державами спільних стандартів, підходів та принципів такого захисту. Постійний розвиток міжнародного права, ускладнення функцій, які воно має здійснювати, неминуче призводить до збільшення кількості міжнародних правових актів як джерел міжнародного права, в яких закріплено загальноновизнані стандарти прав людини, тому проблема уніфікації правових систем та міжнародно-правової інтеграції привертає чималу увагу як з боку вчених, так і практиків. Втім, вітчизняними науковцями та юристами-практиками питання міжнародних стандартів переважно розглядаються у контексті загальних досліджень Європейської конвенції з прав людини та практики Європейського Суду з прав людини. Необхідність дослідження зазначеного права та визначення відповідності національного законодавства встановленим стандартам, враховуючи сучасну ситуацію в Україні, масові громадські протести, набувають останнім часом особливої актуальності, тому розгляд зазначеного питання має важливе значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження права на мирні зібрання та його окремих аспектів знайшли відображення у роботах М. Баймуратова, М. Бурмицького, О. Васьковської, М. Денісової, В. Долежан, О. Кушніренка, Ю. Лемішко, С. Міщенко, В. Погорілка, Н. Толкачової, О. Шкарнеги та інших. Варто окремо відзначити роботу Р.С. Мельника щодо узагальнення досягнень вітчизняної та зарубіжної правничої науки та практики національних та міжнародних (європейських) судів² і працю М.Л. Середи стосовно комплексного теоретико-історичного дослідження права на свободу мирних зібрань³.

Мета статті. Виявити сутність міжнародних стандартів їх ознаки та мету, запропонувавши авторське визначення стандартів права на мирні зібрання.

¹ Бисага Ю.М., Палінчак М.М., Белов Д.М., Данканич М.М. Основні права людини. – Ужгород, 2003.- С. 29.

² Мельник Р.С. Право на свободу мирних зібрань: теорія і практика / Р. Мельник. К., 2015. 168 с.

³ Серед М. Л. Право на мирні зібрання: теоретичні, практичні та порівняльно-правові аспекти: дисертація на здобуття наук. ступеня канд. Юрид. наук / Серед Максим Леонідович; М-во освіти і науки України, Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія». Київ: [б. в.], 2019. 204 с.

Виклад основного матеріалу. Процеси глобалізації у сучасному світі вимагають іншого підходу до міжнародних правових стандартів як обов'язкової складової ознаки ефективної правової системи. Доцільність ратифікації стандартів європейської спільноти на державному рівні стосовно забезпечення права на мирні зібрання зумовлена євроінтеграційними прагненнями України.

Міжнародні стандарти прав людини ґрунтуються на розумінні свободи мирних зібрань як одного з найважливіших складових елементів права на участь у вирішенні важливих питань політичного й суспільного життя у демократичних країнах. Досліджуване право, поряд зі свободою об'єднань, лежить в основі будь-якої діючої демократичної системи і свобода його реалізації і захисту є однією з необхідних складових демократії, плюралізму, терпимості і свободи вираження поглядів.

Дотримання права на масові публічні мирні зібрання передбачає як негативне зобов'язання держави утримуватися від її втручання в організацію та проведення зібрань, так і позитивне зобов'язання держави захищати суб'єктів права при його виконанні (під час реалізації зазначеного права).

Дослідження міжнародних стандартів стосовно права на масові публічні мирні зібрання слід розпочати з характеристики загального розуміння та значення міжнародних стандартів у сфері прав людини.

Звернемось до етимології поняття «стандарт». У загальному розумінні стандартом прийнято вважати певний зразок, еталон, модель. Його сутність полягає у внутрішній логіці змісту та зовнішньому факторі, який вимагає його необхідності, тобто, з одного боку, стандарт відображає незаперечність його змісту, з іншого – наявність зовнішніх факторів, які вимагають його існування.

Це поняття широко поширене, загальноповсюдне і в повсякденному контексті означає: «1. Прийнятий тип виробів, що відповідає певним вимогам своєю якістю, хімічним складом, фізичними властивостями, розміром, вагою і т. ін.; єдина типова форма організації, проведення, здійснення чого-небудь.

2. Щось позбавлене індивідуальних особливостей, своєрідності, оригінальності; шаблон, трафарет»¹.

Юридична енциклопедія термін «стандарт» визначає як щось таке, що позбавлене індивідуальних особливостей, своєрідності, оригінальності. У широкому загалі слово стандарт – це взірєць, еталон, модель, сприймається як вихідне положення, котрому мають відповідати певні об'єкти².

На сьогодні в доктрині відсутній єдиний підхід до визначення поняття «міжнародні стандарти». Так, О. Руднева пропонує стандарти-принципи виділяти в окрему групу міжнародних стандартів³. О. Автономов під міжнародними стандартами розуміє принципи міжнародного права як «фундаментальні засади, з яких виходять (або принаймні повинні виходити) при формулюванні, тлумаченні та реалізації норм права»⁴.

Ю. Касараба зазначає, що це закріплені в міжнародних актах та інших міжнародних документах певні еталони, норми, показники, до дотримання та досягнення яких заохочується або ж зобов'язується держава.⁵

Слушною є позиція, за якої міжнародні стандарти прав людини розглядаються як відповідні обов'язки держав, що впливають з міжнародного права. С. Мороз акцентує увагу на функціональному значенні стандарту, що зводиться виключно до усвідомлення його чітко визначених параметрів, меж⁶.

Не можна не звернути увагу і на визначення міжнародних стандартів прав людини в широкому значенні як своєрідної моделі, «цивілізаційного орієнтиру для розвитку правової сфери держав»⁷.

Процеси правової глобалізації, на думку М. Хаустової, безпосередньо пов'язані з активним впровадженням і реалізацією міжнародних і європейських правових стандартів у правотворчу, правореалізаційну й правозастосовну, насамперед правоохоронну, правозахисну, судову діяльність. Вона звертає увагу на роль і значення норм, принципів і прецедентів міжнародного права, міжнародних договорів, ратифікованих Україною, вплив міжнародних та європейських правових інститутів на правозастосовну практику, відзначаючи особливу роль Ради Європи, ОБСЄ, ЄС, ПАРЕ, практики Європейського суду з прав людини, діяльності Венеціанської Комісії, Генеральної Дирекції з прав людини та верховенства права Ради Європи⁸.

¹ Словник української мови: в 11 томах. Том 9. 1978. С. 644.

² Юридична енциклопедія: в 6 т. Т. 5 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998–2003. С. 614–616.

³ Руднева О. М. Теоретичні проблеми класифікації міжнародних стандартів прав і свобод людини. Бюл. М-ва юстиції України. 2010. № 9. С. 33.

⁴ Автономов А. С. Автореферат учебного пособия «Ювенальная юстиция». *Вопросы ювенальной юстиции*. 2009. № 4. С. 14.

⁵ Касараба Ю. Я. Адміністративно-правове забезпечення впровадження міжнародно-правових стандартів у діяльність органів міліції України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2009. С. 10

⁶ Мороз С. П. Теоретико-методологічні аспекти поняття «міжнародні стандарти прав людини». *Теоретичні та практичні проблеми адаптації національного законодавства України до світових стандартів правового регулювання*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (грудень 2012 р., м. Донецьк, Україна). Донецьк: Донецький університет економіки та права, 2012. С. 219–220.

⁷ Міжнародно-правові стандарти прав людини: навч. посібник / Л. Р. Наливайко, К. В. Степаненко. Дніпро: ДДУВС, 2019. С. 17.

⁸ Хаустова М. Г. Правова трансформація: теоретичний аспект. Актуальні проблеми сучасного міжнародного права: зб. наук. ст. за матеріалами II Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М. В. Яновського і В. С. Семенова, Харків, 21 листоп. 2016 р.: у 2 ч. / редкол.: А. П. Гетьман, І. В. Яковчук, В. І. Самощенко та ін. Харків, 2016. Ч. 1. 4. С. 78.

Говорячи про міжнародний стандарт, варто зазначити, що він обов'язково повинен бути виражений у міжнародно-правових нормах, які розвивають і конкретизують відповідні принципи, покладені в його основу.

Прийняття резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 4 грудня 1986 р. № 41/120 «Встановлення міжнародних стандартів в галузі прав людини» стало значною подією з вирішення проблеми визначення й встановлення принципів, критеріїв, якими необхідно керуватися в процесі нормотворення стандартів в галузі прав людини, зокрема, вони повинні:

- a) узгоджуватись з чинним зводом міжнародно-правових норм у сфері прав людини;
- b) мати фундаментальний характер і ґрунтуватись на притаманних людській особистості гідності та цінності;
- c) бути достатньо чіткими або слугувати джерелом прав і обов'язків, які піддаються визначенню й здійсненню;
- d) передбачати, де це доречно, реалістичний та ефективний механізм здійснення, включаючи системи подання доповідей;
- e) користуватися широкою міжнародною підтримкою⁹.

Група міжнародних експертів, які представляють відомі в світі неурядові організації, International Council on Human Rights Policy, International Commission of Jurists, International Service for Human Rights, в межах спільного проекту з вивчення формування й застосування стандартів в області прав людини «Стандарти в області прав людини: досвід вчить» (2006), запропонувала наступне визначення: стандартами вважаються визнані на міжнародному рівні документи (інструменти) незалежно від того, чи є вони обов'язковими чи рекомендаційними для держав. При цьому, перші кодифікують правові зобов'язання («тверде» право), а інші пропонують рекомендації щодо їх здійснення і політики реалізації («м'яке» право)¹⁰.

Міжнародні стандарти прав людини за правовою природою характеризуються взаємопроникненням та взаємодоповненням принципів та норм, визначених в джерелах міжнародного права. Міжнародним Судом ООН в рішенні про делімітацію морського кордону в районі затоки Мен від 12 жовтня 1984 року встановлено, що терміни «принципи» і «норми», по суті, означають одне і те ж, саме тому основні принципи міжнародного права, закріплені у Статуті ООН та інших міжнародних угодах, мають характер норм права¹¹.

Таку позицію підтримують і науковці. Так, О. Скакун зазначає, що стандарти мають загальний характер, відступити від них неможливо, а їх значення полягає в тому, щоб усі конкретні норми з прав людини розроблялись саме на підставі певних принципів, які одночасно є критерієм їхньої законності. Переважна більшість стандартів прав людини, які містяться в міжнародно-правових актах, визнаються міжнародною спільнотою як загальновизнані принципи і норми міжнародного права, що мають обов'язкову силу для всіх держав¹².

Л. Павлова пропонує розуміти під міжнародними стандартами в області прав людини сукупність основоположних прав і свобод, які закріплені міжнародно-правовими документами, визнаними міжнародною спільнотою загалом і є обов'язковими для реалізації у правовій системі кожної держави. Причому, вони регламентуються в міжнародно-правових документах різної правової природи та юридичної сили, а об'єднуючим фактором виступає не лише змістовна аналогія, а й наявність положень, що орієнтують або зобов'язують держави дотримуватися стандартів або гарантувати їх дотримання шляхом реалізації на законодавчому рівні¹³.

П. Рабінович та О. Венецька розглядають міжнародні стандарти як закріплені у міжнародних актах і документах принципи та норми, які є текстуально уніфікованими й функціонально універсальними (для певних міжнародних об'єднань держав), фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст і/чи обсяг прав людини через абстрактні, здебільшого оціночні, терміно-поняття, що зумовлені досягнутим рівнем соціального розвитку та його динамікою, та встановлюють позитивні обов'язки держав щодо їх забезпечення, охорони й захисту та передбачають за їх порушення санкції політико-юридичного чи політичного характеру¹⁴.

О. Саленко стверджує, що стандарти містяться у джерелах міжнародного права, які мають подвійне значення – матеріальне (міжнародні відносини) та формальне (зовнішні форми, що містять юридичні нор-

⁹ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 4 грудня 1966 р. № 41/120 «Встановлення міжнародних стандартів у сфері прав людини» URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/41/120>

¹⁰ І. А. Шуміло Міжнародна система захисту прав людини: Навчальний посібник. Київ: Видавництво «ФОРМ» Голембовська О.О., 2018. С. 13.

¹¹ Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment of 12 October 1984 I.C.J. Reports, 1984. – P. 246.

¹² Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учебник / О. Ф. Скакун. Х.: Эспада, 2007. С. 6.

¹³ Павлова Л.В. Право прав человека: Учебное пособие. Минск: БГУ, 2005. С. 75.

¹⁴ Рабінович П., Венецька О. Міжнародні стандарти прав людини: загальні ознаки, класифікація. URL: <http://www.judges.org.ua/article/dig3623.htm>

ми), є юридичною категорією та до них належать міжнародні договори, в тому числі загальні та спеціальні міжнародні конвенції; міжнародні правові звичаї; загальні принципи міжнародного права; судові рішення, постановлені міжнародними судовими органами; правові доктрини¹.

У правовій доктрині України сформульована трирівнева структура застосування міжнародно-правових стандартів у національному законодавстві:

той чи інший стандарт повинен міститись в нормах міжнародного права та мати обов'язковий чи рекомендаційний характер;

він повинен застосовуватись в юрисдикційних органах, тобто в міжнародних судових інстанціях;

станданти повинні бути пояснені й визнані в наукових працях міжнародного рівня².

В літературі, як правило, наголошується на визначальному місці та провідній ролі міжнародного, зокрема європейського, правового інституту мирних зібрань для формування відповідних національних правових інститутів і розбудови на їх основі громадянського суспільства.

Свобода мирних публічних зібрань визнається низкою міжнародних і регіональних документів юридично обов'язкового і необов'язкового (рекомендаційного) характеру. На міжнародному рівні це право гарантується статтею 20 (1) Загальної декларації прав людини; статтею 21 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (далі - МПГПП); статтею 5 (d) (ix) Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації; статтею 5 Декларації про право і обов'язки окремих осіб, груп і органів суспільства заохочувати і захищати загальновизнані права людини та основні свободи, статтею 15 Конвенції про права дитини.

На регіональному рівні - статтею 11 Африканської хартії прав людини і народів; статтею 15 Американської конвенції про права людини; статтею 11 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Копенгагенським документом ОБСЄ 1990 року.

Свій подальший детальний розвиток ці норми отримали в документах, що розробляються договірними органами ООН, перш за все, Комітетом ООН з прав людини - органом ООН, створеним відповідно до частини IV МПГПП. Саме в рішеннях Комітету з індивідуальних повідомлень, а також в Зауваженнях загального порядку тлумачиться суть загальних норм міжнародно-правових актів, і встановлюються так звані міжнародні стандарти в області прав людини в цілому і свободи мирних зібрань, зокрема.

Крім того, в 2005 році Рада експертів з питань свободи мирних зібрань Бюро по демократичних інститутах і правах людини (БДІПЛ) ОБСЄ за консультативної підтримки Європейської комісії за демократію через право Ради Європи (Венеціанська комісія) приступили до роботи над «Керівними принципами свободи мирних зібрань» - документом, який би запропонував практичний набір інструментів для законодавців і виконавців, відповідальних за застосування законів, наводячи приклади належної практики з національних законодавств європейських країн і країн - учасниць ОБСЄ та і з судової практики ЄСПЛ, які ілюструють різні законодавчі можливості, що використовуються для регламентування питань, які відносяться до свободи мирних зібрань. У 2007 році було опубліковано перше видання «Керівних принципів свободи мирних зібрань».

У даний час «Керівні принципи свободи мирних зібрань» є єдиним документом щодо свободи мирних зібрань, який узагальнює експертний досвід, формує мінімальні міжнародні норми (принципи) в цій сфері, в зв'язку з чим використовуються в якості основного при прийнятті рішень спеціалізованими органами ООН, ЄСПЛ, національними судами країн ОБСЄ з питань забезпечення і реалізації права на мирні зібрання. У документі викладено низку базових принципів щодо суті права на мирні публічні зібрання та обов'язки держави щодо її забезпечення:

1. презумпція на користь проведення зборів, яка повинна бути чітко і недвозначно встановлена національним законодавством; оскільки що не заборонено законом, слід вважати дозволеним, то і є не потрібним отримання дозволу на проведення зборів;
2. позитивне зобов'язання держави щодо сприяння мирним зібранням, створення всіх необхідних ефективних механізмів і процедур, що дозволять забезпечити реалізацію права на мирні зібрання;
3. принцип законності, згідно якого обмеження можуть бути встановлені виключно нормами чинного законодавства та міжнародного права в галузі прав людини, яким такий закон повинен відповідати;
4. принцип пропорційності, відповідно до якого органи влади не повинні накладати обмеження автоматично, будь-які обмеження щодо свободи зібрань повинні бути сумірними, пропорційними у даних умовах;
5. заборона дискримінації за жодною ознакою щодо будь-якої особи або групи осіб;
6. належна адміністрація. Законодавством має бути чітко встановлений орган, відповідальний за прийняття рішень про адміністрацію свободи зібрань і громадськість повинна бути проінформована про це;

¹ Саленко О. Міжнародні стандарти у сфері судоустрою та статусу суддів, їх зміст і класифікація. Національний юридичний журнал: теорія і практика. № 3 (7) 2014. С. 264.

² Правова доктрина України: у 5 т. Т. 2: Публічно-правова доктрина України / Ю. П. Битяк, Ю. Е. Барабаш, М. П. Кучерявенко та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка. Харків: Право, 2013. С. 257-265.

7. встановлення відповідальності адміністративного органу за будь-які процедурні невиконання або по суті порушення³.

До міжнародних стандартів у сфері права на мирні публічні зібрання входять норми міжнародних угод та актів м'якого права стосовно прав людини, рішення міжнародних організацій, прецеденти ЄСПЛ та матеріали справ Комітету з прав людини ООН, міжнародна правова доктрина, які динамічно розвиваються, а їх взаємодія призводить до уніфікації та кодифікації, передусім, на рівні правової доктрини.

Україна, її органи влади та інститути громадянського суспільства приймають активну участь у розробці відповідної доктрини, цей процес носить для нашої країни спеціалізований і іноді навіть інтерактивний характер, а можливість безпосереднього використання прецедентів ЄСПЛ щодо досліджуваного права вітчизняними судами, аналіз вітчизняних законопроектів у зазначеній сфері структурами ОБСЄ та Ради Європи, дозволяють говорити про зв'язок між європейськими стандартами реалізації права на мирні публічні зібрання та вітчизняним законодавством.

Висновки. Пропонуємо міжнародно-правові стандарти права на мирні публічні зібрання розуміти як сукупність визнаних міжнародною спільнотою універсальних принципів і норм, що містяться у джерелах міжнародного права, визначають мінімально необхідний зміст та обсяг прав людини та стандартів демократії у сфері мирних публічних зібрань та встановлюють позитивні обов'язки держав щодо їх забезпечення, охорони й захисту.

Серед ознак міжнародних стандартів права на мирні публічні зібрання треба вказати їх універсальний, системоутворюючий характер, закріплення загальнолюдських цінностей, формування типової еталонної моделі поведінки.

Анотація.

Процеси глобалізації у сучасному світі вимагають іншого підходу до міжнародних правових стандартів як обов'язкової складової ознаки ефективної правової системи. Міжнародні стандарти прав людини ґрунтуються на розумінні свободи мирних зібрань як одного з найважливіших складових елементів права на участь у вирішенні важливих питань політичного й суспільного життя у демократичних країнах.

Серед ознак міжнародних стандартів права на мирні публічні зібрання можна виділити їх системоутворюючий характер, закріплення загальнолюдських цінностей, формування типової еталонної моделі поведінки

Пропонується розуміти міжнародно-правові стандарти права на мирні публічні зібрання як сукупність принципів і норм, що містяться у міжнародно-правових актах з прав людини, які визначають зміст та обсяг прав людини та стандартів демократії у сфері мирних публічних зібрань.

Annotation.

The processes of globalization in the modern world require a different approach to international legal standards as a mandatory feature of an effective legal system. International human rights standards are based on an understanding of freedom of peaceful assembly as one of the most important components of the right to participate in important issues of political and social life in democracies.

Among the features of international standards of the right to peaceful public assembly are their system-forming nature, consolidation of universal values, the formation of a typical reference model of behavior

It is proposed to understand the international legal standards of the right to peaceful public assembly as a set of principles and norms contained in international human rights law, which determine the content and scope of human rights and democratic standards in the field of peaceful public assembly.

References:

1. Бисага Ю.М., Палінчак М.М., Белов Д.М., Данканич М.М. Основні права людини. – Ужгород, 2003.- 66 С.
2. Мельник Р.С. Право на свободу мирних зібрань: теорія і практика / Р. Мельник. К., 2015. 168 с.
3. Серета М. Л. Право на мирні зібрання: теоретичні, практичні та порівняльно-правові аспекти: дисертація на здобуття наук. ступеня канд. Юрид. наук / Серета Максим Леонідович; М-во освіти і науки України, Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія». Київ: [б. в.], 2019. 204 с.
4. Словник української мови: в 11 томах. Том 9. 1978. 916 с.
5. Юридична енциклопедія: в 6 т. Т. 5 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998–2003. 736 с.
6. Руднева О. М. Теоретичні проблеми класифікації міжнародних стандартів прав і свобод людини. *Бюл. М-ва юстиції України*. 2010. № 9. С. 32-42.
7. Автономов А. С. Автореферат учебного пособия «Ювенальная юстиция». *Вопросы ювенальной юстиции*. 2009. № 4. 104 с.

³ Руководящие принципы по свободе мирных собраний: 2-е изд. Варшава-Страсбург: БДИПЧ ОБСЕ, 2011. С. 16-17.

8. Касараба Ю. Я. Адміністративно-правове забезпечення впровадження міжнародно-правових стандартів у діяльність органів міліції України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2009. С. 10
9. Мороз С. П. Теоретико-методологічні аспекти поняття «міжнародні стандарти прав людини». *Теоретичні та практичні проблеми адаптації національного законодавства України до світових стандартів правового регулювання*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (грудень 2012 р., м. Донецьк, Україна). Донецьк: Донецький університет економіки та права, 2012. С. 219–222
10. Міжнародно-правові стандарти прав людини: навч. посібник / Л. Р. Наливайко, К. В. Степаненко. Дніпро: ДДУВС, 2019. 184 с.
11. Хаустова М. Г. Правова трансформація: теоретичний аспект. *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права*: зб. наук. ст. за матеріалами II Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М. В. Яновського і В. С. Семенова, Харків, 21 листоп. 2016 р.: у 2 ч. / редкол.: А. П. Гетьман, І. В. Яковюк, В. І. Самощенко та ін. Харків, 2016. Ч. 1. 494 с.
12. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 4 грудня 1966 р. № 41/120 «Встановлення міжнародних стандартів у сфері прав людини» URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/41/120>
13. І. А. Шуміло Міжнародна система захисту прав людини: Навчальний посібник. Київ: Видавництво «ФОР Голембовська О.О.», 2018. 168 с.
14. Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment of 12 October 1984 I.C.J. Reports, 1984. – P. 246.
15. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учебник / О. Ф. Скакун. Х.: Эспада, 2007. 840 с.
16. Павлова Л.В. Право прав человека: Учебное пособие. Минск: БГУ, 2005. 195 с.
17. Рабінович П., Венецька О. Міжнародні стандарти прав людини: загальні ознаки, класифікація. URL: <http://www.judges.org.ua/article/dig3623.htm>
18. Саленко О. Міжнародні стандарти у сфері судустрою та статусу суддів, їх зміст і класифікація. *Національний юридический журнал: теория и практика*. № 3 (7) 2014. С. 263–269
19. Правова доктрина України: у 5 т. Т. 2: Публічно-правова доктрина України / Ю. П. Битяк, Ю. Е. Барабаш, М. П. Кучерявенко та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка. Харків: Право, 2013. 864 с.
20. Руководящие принципы по свободе мирных собраний: 2-е изд. Варшава-Страсбург: БДИПЧ ОБСЕ, 2011. 194 с.

Olga Turchenko,

*PhD in Law, Associate Professor,
Head of the Department of Constitutional,
International and Criminal law
Vasyl` Stus Donetsk National University*

Andriy Zagorodniuk,

*postgraduate
Vasyl` Stus Donetsk National University*

FOREIGN EXPERIENCE OF DETECTING AND INVESTIGATING CRIMES IN THE SECTOR OF HOUSING CONSTRUCTION

Зарубіжний досвід виявлення та розслідування злочинів у сфері будівництва житла

Rostyslav Umanets

Keywords:

housing, construction, crimes, detection, investigation, foreign experience, operative-search activity, pre-trial investigation.

Ключові слова:

житло, будівництво, злочини, виявлення, розслідування, зарубіжний досвід, оперативно-розшукова діяльність, досудове розслідування.

Постановка проблеми. Стабілізація фінансово-економічної ситуації в Україні за останні роки сприяє зростанню рівня промислового виробництва, збільшенню інвестицій у різні сектори народного господарства. Однією з найбільш пріоритетних у такій сфері є будівельна галузь. Її важливість для економіки будь-якої країни можна пояснити тим, що капітальне будівництво, напевне, як жодний інший сегмент економіки, створює значну кількість робочих місць і споживає продукцію багатьох галузей народного господарства. Адже прогрес у будівельній галузі сприяє розвитку виробництва будівельних матеріалів і відповідного обладнання, машинобудівної галузі, металургії та металообробки, нафтохімії, виробництва скла, деревообробної та фарфоро-фаянсової промисловості, транспортної інфраструктури, енергетики тощо. І, вочевидь, як жодна інша галузь економіки, будівництво сприяє розвитку підприємств малого бізнесу, особливо того, що спеціалізується на оздоблювальних і ремонтних роботах, виробництві та встановленні вбудованих меблів тощо¹. Однак, значний обіг грошових коштів, що спрямовуються в дану галузь, зростання темпів зведення новобудов зумовлюють криміналізацію цієї сфери, у якій вчиняються різні шахрайські дії, розкрадання грошових коштів і матеріалів, що призводить до подорожчання вартості об'єктів та порушення стандартів їх якості. Значним залишається чинник корумпованості службових осіб підрядних організацій і державних контролюючих органів. Нерідко внаслідок завищення вартості виконаних робіт на об'єктах, зведених шляхом підроблення проектно-кошторисної документації, необгрунтовано одержуються незаконні надприбутки, розмір яких зазвичай перевищує фактичні валові витрати.

Попри складну економічну та політичну ситуацію загалом, сфера будівництва розвивається, надаючи нові робочі місця, стимулюючи розвиток різних галузей економіки та промисловості, зміцнюючи економіку держави. Щороку в Україні вводять в експлуатацію нові підприємства, установи, житлові будинки, комплекси. Аналіз даних Державної служби статистики України, а також деяких окремих рейтингових агентств надає можливість чітко побачити стан, структуру та динаміку розвитку будівельної галузі загалом в Україні. Так, згідно з даними Державної служби статистики України, будівництво житла в Україні 2019 року, порівняно з 2018 роком, зросло на 9 %. Обсяг прийнятого в експлуатацію житла в містах минулого року становив в абсолютних цифрах 7,3 млн кв. м, у сільській місцевості – майже 3 млн кв. м. Обсяг прийнятих в експлуатацію дачних і садових будинків – 453,2 тис. кв. м. Загалом це на 30,9 % перевищує показники 2018 року. Лідером у регіональному розрізі минулого року стала Луганщина, де будівництво житла зросло втричі. У десятку найкращих також увійшли Полтавщина (зростання становило 71,8 %), Івано-Франківщина (29,9 %), Київ (29,9 %), Закарпаття (24,9 %), Одеська область (25,1 %), Тернопільська область (25 %), Дніпропетровщина (24,4 %), Рівненська область (21,5 %), Львівська область (11,6 %) ². Водночас рейтингове агентство «Євро Рейтинг» наводить дані, що підтверджують динаміку розвитку галузі загалом, попри окремі негативні фактори. Результати проведених досліджень агентства засвідчують, що фактичні значення

¹ Вавриш А. В. Криміногенна ситуація та заходи запобігання злочинам на ринку будівництва житла. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України*. 2015. № 4 (97). С. 45–47.

² В Україні зростає будівництво житла, – Держстат. *Урядовий портал*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/v-ukrayini-zrostaє-budivnictvo-zhitla-derzhstat>

обсягів прийнятого в експлуатацію житла в 2015 і 2016 роках майже не відрізняються: 9227,1 і 9129,8 тис. кв. м відповідно¹.

Стан наукових досліджень. На важливості вивчення закордонних моделей організації досудового розслідування наголошують і вчені-процесуалісти, зокрема А. П. Запотоцький, О. Ю. Татаров, С. С. Чернявський та М. С. Цуцкірідзе у спільній публікації². Зазначене вище зумовлює необхідність вивчення зарубіжного досвіду виявлення та розслідування злочинів у сфері будівництва житла та робить його актуальним для дослідження.

Мета статті. Дослідити зарубіжний досвід виявлення та розслідування злочинів у сфері будівництва житла.

Основний зміст. Злочини у сфері будівництва охоплюють значний масив кримінально караних діянь як за законодавством України, так і багатьох інших країн. Найпоширенішими є злочини проти власності, шахрайство у сфері інвестування будівництва житла та корупційні злочини, які вчиняються під час проведення тендерів на проведення будівельних робіт. Засади розслідування злочинів у сфері будівництва в країнах Європи здебільшого подібні до таких, які застосовуються і в Україні. Водночас існує певна відмінність між повноважень слідчого та прокурора, в окремих країнах функціонують національні реєстри будівельного обладнання, які спрощують пошук викраденого майна, у деяких країнах досудове розслідування здійснюють міжгалузеві та міжнародні слідчі групи, що забезпечує якіснішу взаємодію й ефективність збирання доказів.

Підставою для початку досудового розслідування злочинів у сфері будівництва як в Україні, так і в більшості інших країн, є заяви про вчинення злочину певної категорії чи самостійне виявлення його правоохоронними органами. При отриманні заяви про злочин слідчий повинен визначити компетенцію стосовно підслідності, права та обов'язки щодо подачі заяви, джерела заяви про злочин, мотиви звернення. Заяву про злочин може бути подано в довільній формі, але якщо заявник особисто звернувся до відділення поліції, то заява приймається у вигляді рапорту або протоколу (Польща, Греція, Франція, Норвегія, Литва). Джерелом інформації про злочин також може бути заява офіційного органу, який пов'язаний з будівництвом нерухомості, звернення представника забудовника або інвестора³.

На стадії попереднього провадження або розслідування особа має статус підозрюваного. Попереднє провадження або розслідування здійснює поліція та прокуратура. Головною метою їх діяльності під час розслідування злочинів у сфері будівництва є встановлення факту місця та часу вчинення злочину, ідентифікація потерпілих, визначення кола підозрюваних, свідків та інших осіб, які володіють інформацією, забезпечення доказового матеріалу, отримання доказів та визначення мотивів злочину. Слідчі поліції здійснюють відкриті заходи та заходи під прикриттям (Румунія, Польща, Франція, Іспанія, Норвегія, Італія). До відкритих належать заходи на місці злочину, у тому числі огляді місця події, допит/опитування, обшук, збереження доказів та їх вилучення, затримання особи за необхідності, проведення одночасного допиту. До заходів під прикриттям належать контроль через телекомунікаційні засоби, спостереження, розшук, використання офіцерів під прикриттям, агентури, інформаторів⁴.

Особливістю досудового розслідування злочинів у сфері будівництва в Словенії, Бельгії, Франції, Люксембурзі та Польщі є те, що поліція уповноважена здійснювати лише попереднє збирання доказів, так звану неформальну частину досудового розслідування. Процедуру ж дослідження доказів здійснює суддя⁵. Таким чином, поліція здійснює так зване «поліцейське дізнання». Власне збирання доказів належить до компетенції слідчого судді, адже матеріали, зібрані поліцією, не вважаються доказами у справі⁶. Така модель досудового розслідування відрізняється від системи досудового розслідування, яку запроваджено в Україні з прийняттям КПК України 2012 року⁷.

У більшості країн найбільш інформативними слідчими (розшуковими) діями, спрямованими на збирання доказів у сфері будівництва, є допит свідка, проведення експертиз, обшуків, прослуховування телефонних

¹ Сокращение жилищного строительства в Украине: казусы статистики или не все так страшно. URL: http://euro-rating.com.ua/regiony/analitika/sokrashhenie-zhilishhnogo-stroitelstva-v-ukraine-kazusy-statistiki-ili-ne-vse-tak-strashno/#_ftnref1

² Запотоцький А. П. Зарубежный опыт досудебного расследования преступлений в сфере строительства. *Право и Политика*. 2016. № 4. С. 42–46; Татаров О. Ю., Чернявський С. С., Цуцкірідзе М. С. Зарубіжний досвід протидії злочинності та його використання в Україні. *Право і безпека*. 2012. № 4 (46). С. 185–191.

³ Pre-Trial and Trial Procedures A Handbook for Criminal Procedure in Cambodian Courts. *Cambodian Center for Human Rights*. 2013. URL: <http://sithi.org/tmp/admin/article/files.pdf>.

⁴ ulija Bojadjeva World factbook of criminal justice systems Norway. *Norwegian Research Centre for Computers and Law*. URL: <https://www.bjs.gov/content.pdf>.

⁵ Katja Sugman Stubbs (2015). Structural Changes in Slovenian Criminal Procedure over the Last 20 Years. *Strukturne spremembe slovenskega kazenskega*. Zbornik znanstvenih razprav – LXXV. letnik, 2015. URL: <http://www.pf.uni-lj.si/media.2015.pdf>.

⁶ Запотоцький А. П. Зарубежный опыт досудебного расследования преступлений в сфере строительства. *Право и Политика*. 2016. № 4. С. 43.

⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2012 р. *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

розмов, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. До матеріалів провадження долучаються фінансово-господарські документи, що свідчать про наявність дозволів на здійснення будівництва; проектно-кошторисна документація на будівництво, перелік та обсяги фактично виконаних будівельних робіт, вартість фактично виконаних робіт з будівництва; звітна документація; довідки про вартість об'єкта нерухомості, списання будівельних матеріалів, нарахування та виплату заробітної плати тощо. Статутні документи дають змогу зрозуміти організаційну структуру компанії, встановити керівників, матеріально відповідальних осіб, бухгалтерів. Бухгалтер компанії забудовника, як правило, також причетний до вчинення злочину або йому відомо про обставини його вчинення⁸. Тому це також враховують слідчі при побудові слідчих версій під час досудового розслідування цього виду злочинів та при плануванні проведення слідчих (розшукових) дій.

Під час досудового розслідування злочинів даної категорії слідчі беруть до уваги аналіз бухгалтерської звітності та платіжних документів, враховують суттєві умови договору та інші корпоративні документи, пов'язані з проведенням будівництва, закупівлею будівельних матеріалів тощо. Зазначені дані можуть мати важливе доказове значення, оскільки є єдиним відображенням злочинної діяльності⁹. На цій основі визначають коло підозрюваних та планують проведення слідчих (розшукових) дій, щоб запобігти знищенню доказів. Для побудови версій враховують специфіку прийняття рішень у будівельній компанії, керівники якої є фігурантами у справі.

При плануванні слідчих (розшукових) дій визначаються необхідні сили та засоби, необхідні для забезпечення їх ефективної реалізації в умовах значних за площею територій або великих будівельних об'єктів¹⁰. В окремих країнах (Німеччина, Франція, Бельгія) плануються масштабні операції (так звані «спеціальні слідчі дії»), що поєднують процесуальну, оперативну-тактичну й силову складові, чим забезпечують отримання (збереження) необхідної інформації для розслідування. Результати операції оформляються відповідним протоколом і передаються слідчому, який використовує їх в якості доказів.

Не менш важливе значення набуває отримання інформації з державних реєстрів та інших відкритих джерел інформації з використанням аналітичних інструментів, у тому числі із застосуванням сучасних систем поліцейської діяльності, керованої аналітикою (Intelligence Led Policing, ILP). Засадами такої діяльності є здійснення кримінального аналізу, дії якого націлені на ідентифікацію та точне визначення взаємозв'язків між відомостями, що стосуються подій злочинного характеру, осіб, пов'язаних з ними, та даними, що походять з різних джерел, а також їх подальше використання правоохоронними органами і судами¹¹. Досвід збирання доказів з використанням аналітичних методів, у тому числі під час розслідування злочинів у сфері будівництва (з певними особливостями реалізації отриманої інформації) поширений у Норвегії, Хорватії, Великій Британії, Ізраїлі, Іспанії та Литві.

Суть такої моделі полягає в зміні філософії діяльності поліції – від реагування на злочини (фактично вчинені події) до дій на випередження з метою запобігання вчиненню протиправних діянь.

Органи поліції збирають велику кількість інформації з різних джерел та в різних формах, але для отримання якісного результату таку інформацію необхідно проаналізувати. Це дасть змогу ефективно розподіляти сили та засоби. Систематичний збір та оцінка оперативної інформації в межах чітко визначеного аналітичного процесу, отримання якісних стратегічних і тактичних аналітичних продуктів і використання їх для обґрунтованих управлінських рішень є основою ILP-моделі.

З розвитком сучасних технологій виникає нагальна проблема обробки та аналізу великого обсягу інформації, що стосується конкретних суспільних процесів, подій та осіб. Унаслідок цього в правоохоронних органах провідних країн світу активно використовуються новітні методи інформаційно-аналітичної підтримки розслідування кримінальних правопорушень. Поняття «інформаційно-аналітична підтримка» можна визначити як спеціальну пізнавально-мисленнєву діяльність зі створення нового знання про явище, факти або події, що сталися, на основі масиву інформації, яким володіє особа. З урахуванням специфіки діяльності органів та підрозділів поліції «інформаційно-аналітична підтримка» включає:

- прийняття рішень слідчим, оперативним працівником у межах досудового розслідування та оперативно-розшукової діяльності;
- прийняття управлінських рішень керівником органу або підрозділу поліції;
- своєчасне виявлення та повідомлення відповідних відповідальних осіб про ризики вчинення злочинів тощо.

⁸ Arlacchi, P. La mafia im prenditrice. Bologna: IlMulino. 2017. URL: <http://www.pinoarlacchi.it/images/stories/files/La%20mafia%20imprenditrice.pdf>.

⁹ Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov (2018). Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human. *Council of Europe human rights handbooks*. URL: <https://rm.coe.int/168007ff57>.

¹⁰ Dubourg R., Prichar, S. (2019). Organised crime: revenues, economic and social costs, and criminal assets available for seizure. London : Home Office Online Report. URL: <https://www.gov.uk/organised-crime>.

¹¹ Білоус Р. В. Протидія злочинам у сфері економіки шляхом запровадження моделі, керованої аналітикою: зарубіжний досвід. *Тіньова економіка: світові тенденції та українські реалії* : матер. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 23 черв. 2017 р.). Київ, 2017. С. 15.

Поліцейська діяльність, керована аналітикою, визначає таку структуру управління оперативною інформацією про злочинну діяльність, у якій оперативні дані є підставою для виявлення та оцінки ризиків (зокрема, в частині резонансних подій, окремих видів злочинів, особливо небезпечних злочинців, кримінальних мереж, соціальних наслідків тощо) й основою для визначення пріоритетів, стратегічних та оперативних цілей у сфері попередження злочинності та інших загроз безпеці. Вона також включає прийняття відповідних рішень щодо оперативної діяльності, раціональне залучення людських, матеріальних та технічних ресурсів¹.

Процес збирання, оцінювання та аналіз даних супроводжують зважені процедури і механізми ухвалення управлінських рішень, що забезпечує більш ефективне й результативне управління національними правоохоронними органами.

Аналітик, ґрунтуючись на інформаційній моделі (відбитки в інформаційному просторі подій, фактів, дій, ідей, думок, почуттів людей, природних, політичних, соціальних, соціоінженерних, фінансових, економічних процесів тощо), виявляє об'єктивні закономірності і тенденції, визначає рушійні механізми та причинно-наслідкові зв'язки. У цьому змісті аналітик створює нове знання про той фрагмент реальності, що перебуває в полі його професійного інтересу, виступаючи дослідником своєї предметної діяльності.

При вчиненні злочинів у сфері будівництва важливим є встановлення збитків, завданих державі чи особі незаконними діями підозрюваних. Воно стає можливим у результаті вивчення фінансово-господарської документації, проведення аудиторських перевірок і документальних ревізій. Вивчення та аналіз фінансово-господарської документації будівельної компанії забудовника здійснюють бухгалтери, аудитори, інші спеціалісти в даній галузі². Крім вивчення документів під час досудового розслідування злочинів у сфері будівництва застосовується зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, обшуки, проведення допиту учасників фінансово-господарських операцій³. Такі самі слідчі дії застосовують у Греції, Люксембурзі, Франції, Данії, Італії, Канаді та Литві. В Україні здійснюють аналогічні негласні слідчі (розшукові) дії, пов'язані із втручанням у приватне спілкування (ст. 260–264 КПК України), спрямовані на збір даних про компанію забудовника, її контрагентів, відомостей з торгового реєстру, фондових бірж, установчих документів, дані про земельні ділянку й об'єкт будівництва.

У Великій Британії під час розслідування злочинів у сфері будівництва приділяють значну увагу детальному вивченню грошових переказів з рахунку компанії-збудовника на рахунки інших фізичних та юридичних осіб. При виявленні ознак злочину детально вивчають ключові показники відчуження нерухомості, здійснюють перевірку договорів купівлі-продажу, законність одержаних доходів від масштабних продажів. Як зазначають англійські експерти, значні маркетингові витрати можуть свідчити про ознаки правопорушень⁴. Ключовим елементом розслідування злочинів цієї категорії є комплексне вивчення фінансово-господарських документів. Після збору всієї інформації, що стосується функціонування діяльності будівельної компанії та підозрілих фінансово-господарських операцій, застосовують методику порівняльного аналізу документів⁵. Першочерговою слідчою (розшуковою) дією, яка проводиться під час досудового розслідування, є саме судово-економічна експертиза.

Вивченню діяльності контрагентів, з якими співпрацювала будівельна компанія, приділяється значна увага також органами досудового розслідування Грузії, Іспанії та Франції⁶. Звертають також увагу на строки, зазначені в договорах. Їх розбіжність може свідчити про підозрілість фінансово-господарських операцій. У Болгарії, Німеччині, Ізраїлі та Італії трапляються непоодинокі випадки укладення декількох договорів, предметом яких є одна й та сама операція, що здійснюється на будівництві. Договір укладається в конфіденційній формі для приховування будь-якої фінансово-господарської операції. Крім того, договір може бути укладено «минулими» числами, що також треба враховувати.

За даними поліцейської дирекції Словенії, сфера будівництва належить до однієї з найбільш корумпованих. Як і в Україні, корупційні ризики у цій країні пов'язані з необхідністю отримання дозволів на проведення будівництва, участю в процедурах тендерів на державних установах щодо здійснення будівельних робіт та реконструкції, а також придбанням земельних ділянок під будівництво.

Процес виявлення та розслідування злочинів у сфері будівництва в Словенії включає в себе виявлення злочину, встановлення підозрюваних осіб, інформування державного обвинувача про злочин і про під-

¹ Узлов Д. Ю., Струков В. М., Власов О. В. Прикладний кримінальний аналіз на базі інформаційно-аналітичної системи «RICAS»: метод. рек. Харків, 2018. URL: <https://ricas.org/articles/>. С. 19–20.

² Dubourg R., Prichar, S. (2019). Organised crime: revenues, economic and social costs, and criminal assets available for seizure. London : Home Office Online Report. URL: <https://www.gov.uk/organised-crime>.

³ Balkanski D. (2009). The five steps to failure Legal World. Deutch, March 10 2009. URL: <http://www.legalworld.bg/show.9455>.

⁴ Rose-Ackerman S. (2017) Judicial Independence and Corruption. In Transparency International, Global Corruption Report 2017. Corruption in Judicial Systems, Cambridge University Press, Cambridge. URL: <http://www.google.com.ua>.

⁵ Lewis B. (2010). WhatWentWrong? Western Impactand Middle Eastern Response, OUP. URL: <http://www.u4.no/recommended/global-corruption-report-corruption...judicial-systems>.

⁶ European Commission staff working paper: examining the links between organised crime and corruption. Center for the study of democracy, Brussels. 2010. URL: <https://ec.europa.eu.pdf>.

озрюваних осіб, порушення провадження, підготовку запитів щодо надання інформації з реєстрів: експертно-криміналістичного центру, податкової адміністрації; митної служби; ринку цінних паперів; департаменту щодо запобігання фактам відмивання коштів⁷. Подібну схему досудового розслідування злочинів у сфері будівництва вдало застосовують поліцейські підрозділи Ізраїлю, Люксембургу, Польщі, Іспанії.

Важливим джерелом доказів в більшості європейських країн вважається висновок судово-економічної експертизи. До проведення таких досліджень зазвичай залучають фахівців різних спеціалізацій: експертів-криміналістів, податківців, з питань фондового ринку, протидії відмиванню коштів тощо. За результатами експертизи встановлюють суму збитків, завданих злочином. В Україні під час досудового розслідування злочинів у сфері будівництва призначення будівельної (зокрема оціночно-будівельної) та економічної (бухгалтерської) експертиз також є досить поширеним.

При проведенні досудового розслідування злочинів у сфері будівництва в Хорватії на поліцію покладено обов'язок збирання фактичних даних про злочин та направлення зібраних матеріалів прокурору. У разі виявлення ознак кримінального правопорушення поліція повинна довести її зміст до відома прокурора невідкладно, але не пізніше 24 годин з моменту початку збору інформації про злочин⁸. Згідно з КПК цієї країни, державний прокурор може самостійно провести досудове розслідування злочинів у сфері будівництва або доручити це департаменту поліції. Підприємства, установи та організації зобов'язані надавати інформацію на вимогу поліції, прокурора, крім тієї, що становить охоронювану законом таємницю. У свою чергу, прокурор наділений повноваженнями координувати діяльність юридичної особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, до прийняття рішення слідчим суддею про накладення арешту на майно. Прокурор має право вилучати гроші, цінні папери, об'єкти і документацію, що може бути доказом у кримінальному провадженні. Він також вправі витребувати інформацію про зібрані, опрацьовані і збережені дані щодо підозрілих фінансово-господарських операцій. Прокурор ініціює запити в разі необхідності консолідації операцій і заходів досудового провадження, більш швидкого й ефективного проведення слідчих дій і спрямування досудового розслідування. З цією метою прокурор уповноважений скликати консультативні наради для визначення та перевірки методів роботи, результатів проведення операцій, обміну зібраних даних і визначення напряму єдиних довідкових операцій поліції та інших державних органів⁹.

Головним завданням під час досудового розслідування злочинів у сфері будівництва в Естонії є слідкування за потоками грошових коштів, виявлення бенефіціарів, встановлення офшорних компаній і трастів, визначення взаємозв'язку між злочином та діяльністю топ-менеджменту компанії, а також встановлення місцезнаходження активів, здобутих злочинним шляхом¹⁰.

Процесуальний порядок досудового розслідування злочинів у сфері будівництва в Німеччині подібний до кримінальної процесуальної діяльності, що здійснюється в Румунії та Словенії. Згідно розділу 161а КПК ФРН передбачено додаткові гарантії нерозголошення інформації банком на запит слідчого. На етапі досудового провадження широко використовуються можливості негласного розслідування, зокрема шляхом зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та автоматизованих інформаційних систем, а також такі процесуальні дії як обшук, проведення судово-бухгалтерських експертиз, допит свідків¹¹.

Таким чином, злочини у сфері будівництва як специфічний сегмент сучасної економічної злочинності знаходять вияви усередині окремих держав та, водночас, охоплює території багатьох країн, набуваючи спільних ознак та закономірностей їх розслідування. Найбільш цікавими та корисними для України є окремі методики розслідування зазначених злочинів у Румунії, Болгарії, Греції, Великій Британії, Німеччині, Словенії, Хорватії та Естонії. У зазначених країнах організація та методика досудового розслідування полягає у збиранні та аналізі фінансово-господарських документів будівельної компанії і організацій-контрагентів. Вивчення фінансово-господарських документів здійснюють аудитори, бухгалтери, економісти.

Також, позитивним для врахування у вітчизняній практиці необхідно визнати зарубіжний досвід стосовно використання правоохоронцями різноманітних аналітичних інструментів шляхом моніторингу відомостей у державних реєстрах та інших відкритих інформаційних системах; удосконалення прийомів документального аналізу фінансово-господарської діяльності будівельних компаній (організацій) різних форм власності; проведення тактичних операцій з установлення ознак штучного завищення обсягів і вартості будівельних робіт; порядку забезпечення відшкодування шкоди, завданої інвесторам унаслідок ша-

⁷ Katja Sugman Stubbs (2015). Structural Changes in Slovenian Criminal Procedure over the Last 20 Years. *Strukturne spremembe slovenskega kazenskega*. Zbornik znanstvenih razprav – LXXV. letnik, 2015. URL: <http://www.pf.uni-lj.si/media.2015.pdf>.

⁸ Comparative Analysis on Systems of Preliminary Criminal Proceedings in EU Member States. Reform of Pre-Trial Criminal Proceedings in Croatia Analysis, Comparison, Recommendations and Plan of Action. 2016. URL: <http://bim.lbg.ac.at/sites.pdf>.

⁹ Criminal Procedure Code of Croatia *Zakon o kaznenom postupku* – informal consolidated. 2009. URL: <http://www.google.com.ua/url>.

¹⁰ Jaan Ginter. Criminal Liability of Legal Persons in Estonia. *Juridica international*. № XVI 2009. URL: <http://www.juridicainternational.eu/-public/pdf.pdf>.

¹¹ German and American Prosecutions: An Approach to Statistical Comparison. Bureau of Justice Statistics. Department of Justice. Office of Justice Programs. URL: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/gap.pdf>.

храйств, пов'язаних із залученням коштів на будівництво; виявлення викраденого майна та запобігання вчиненню крадіжок будівельних матеріалів.

Як свідчить практика розслідування злочинів у сфері будівництва житла, що не були вчасно припинені, однією з головних причин їх вчинення визнано відсутність оперативного обміну інформацією засобами міжвідомчого (міжнародного) співробітництва. Найбільш помітних результатів у сфері протидії організованої злочинності досягли країни, правоохоронні органи яких подолали міжвідомчі бар'єри шляхом створення як спільних оперативно-слідчих груп, так і міжвідомчих інформаційно-аналітичних центрів.

Анотація

У статті на основі проведеного аналізу законодавчої регламентації та особливостей організації розслідування злочинів у західноєвропейських країнах, державах пострадянського простору аргументовано, що для вітчизняної практики інтерес становить досвід країн Європейського Союзу, у яких виявлення та розслідування полягає в аналізі фінансово-господарських документів будівельної компанії й організацій-контрагентів із залученням спеціалістів відповідного профілю (аудитори, бухгалтери, будівельники) як безпосередніх консультантів слідчих бригад. Важливого значення набувають отримання й оброблення інформації з державних реєстрів та інших відкритих джерел інформації з використанням аналітичних інструментів, у тому числі із застосуванням сучасних систем поліцейської діяльності, керованої аналітикою («Intelligence Led Policing»). В її основі – систематичне збирання та оцінка оперативної інформації в межах чітко визначеного аналітичного процесу, отримання якісних стратегічних і тактичних аналітичних продуктів та грамотне використання їх для прийняття управлінських рішень.

Встановлено, що злочини у сфері будівництва як специфічний сегмент сучасної економічної злочинності знаходять вияви усередині окремих держав та, водночас, охоплює території багатьох країн, набуваючи спільних ознак та закономірностей їх розслідування. Найбільш цікавими та корисними для України є окремі методики розслідування зазначених злочинів у Румунії, Болгарії, Греції, Великій Британії, Німеччині, Словенії, Хорватії та Естонії. У зазначених країнах організація та методика досудового розслідування полягає у збиранні та аналізі фінансово-господарських документів будівельної компанії і організацій-контрагентів. Вивчення фінансово-господарських документів здійснюють аудитори, бухгалтери, економісти.

Summary

Based on the analysis of legislation and features of the organization of criminal investigations in Western European countries, post-Soviet countries, the article argues that the experience of European Union countries is particularly interesting for the domestic practice where detection and investigation is to analyse the financial and economic documents of construction companies and organizations-contractors with the involvement of specialists of the relevant profile (auditors, accountants, builders) as direct consultants of investigative teams. Obtaining and processing information from the state registers and other open sources of information using analytical tools, including the use of modern systems of policing, led by analytics ("Intelligence Led Policing"), are becoming important. It is based on the systematic collection and evaluation of operational information within a clearly defined analytical process, obtaining quality strategic and tactical analytical products and their competent use for management decisions.

It is established that crimes in the sector of housing construction as a specific segment of modern economic crime are manifested within individual states and, at the same time, cover the territories of many countries, acquiring common features and patterns of their investigation. The most interesting and useful for Ukraine are some methods of investigating these crimes in Romania, Bulgaria, Greece, Great Britain, Germany, Slovenia, Croatia and Estonia. In these countries, the organization and methodology of pre-trial investigation is to collect and analyze financial and economic documents of the construction company and organizations-contractors. The examination of financial and economic documents is carried out by auditors, accountants, economists.

References:

1. Вавриш А. В. Криміногенна ситуація та заходи запобігання злочинам на ринку будівництва житла. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України*. 2015. № 4 (97). С. 45–57.
2. В Україні зростає будівництво житла, – Держстат. *Урядовий портал*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/news/v-ukrayini-zrostaye-budivnictvo-zhitla-derzhstat>
3. Сокращение жилищного строительства в Украине: казусы статистики или не все так страшно. URL: http://euro-rating.com.ua/regiony/analitika/sokrashhenie-zhilishhnogo-stroitelstva-v-ukraine-kazusy-statistiki-ili-ne-vse-tak-strashno/#_ftnref1
4. Запотоцкий А. П. Зарубежный опыт досудебного расследования преступлений в сфере строительства. *Право и Политика*. 2016. № 4. С. 42–46.
5. Татаров О. Ю., Чернявський С. С., Цуцкірідзе М. С. Зарубіжний досвід протидії злочинності та його використання в Україні. *Право і безпека*. 2012. № 4 (46). С. 185–191.

6. Pre-Trial and Trial Procedures A Handbook for Criminal Procedure in Cambodian Courts. *Cambodian Center for Human Rights*. 2013. URL: <http://sithi.org/tmp/admin/article/files.pdf>.
7. Julija Bojadjeva World factbook of criminal justice systems Norway. *Norwegian Research Centre for Computers and Law*. URL: <https://www.bjs.gov/content.pdf>.
8. Katja Sugman Stubbs (2015). Structural Changes in Slovenian Criminal Procedure over the Last 20 Years. *Strukturne spremembe slovenskega kazenskega*. Zbornik znanstvenih razprav – LXXV. letnik, 2015. URL: <http://www.pf.uni-lj.si/media.2015.pdf>.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2012 р. *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
10. Arlacchi, P. La mafia im prenditrice. Bologna: Il Mulino. 2017. URL: <http://www.pinoarlacchi.it/images/stories/files/La%20mafia%20imprenditrice.pdf>.
11. Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov (2018). Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human. *Council of Europe human rights handbooks*. URL: <https://rm.coe.int/168007ff57>.
12. Dubourg R., Prichar, S. (2019). Organised crime: revenues, economic and social costs, and criminal assets available for seizure. London : Home Office Online Report. URL: <https://www.gov.uk/organised-crime>.
13. Білоус Р. В. Протидія злочинам у сфері економіки шляхом запровадження моделі, керованої аналітикою: зарубіжний досвід. *Тіньова економіка: світові тенденції та українські реалії* : матер. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 23 черв. 2017 р.). Київ, 2017. С. 154–156.
14. Узлов Д. Ю., Струков В. М., Власов О. В. Прикладний кримінальний аналіз на базі інформаційно-аналітичної системи «RICAS»: метод. рек. Харків, 2018. 90 с. URL: <https://ricas.org/articles/>. С. 19–20.
15. Balkanski D. (2009). The five steps to failure Legal World. Deutch, March 10 2009. URL: <http://www.legalworld.bg/show.9455>.
16. Rose-Ackerman S. (2017) Judicial Independence and Corruption. In Transparency International, Global Corruption Report 2017. Corruption in Judicial Systems, Cambridge University Press, Cambridge. URL: <http://www.google.com.ua>.
17. Lewis B. (2010). WhatWentWrong? Western Impactand Middle Eastern Response, OUP. URL: <http://www.u4.no/recommended/global-corruption-report-corruption...judicial-systems>.
18. European Commission staff working paper: examining the links between organised crime and corruption. Center for the study of democracy, Brussels. 2010. URL: <https://ec.europa.eu.pdf>.
19. Comparative Analysis on Systems of Preliminary Criminal Proceedings in EU Member States. *Reform of Pre-Trial Criminal Proceedings in Croatia Analysis, Comparison, Recommendations and Plan of Action*. 2016. URL: <http://bim.lbg.ac.at/sites.pdf>.
20. Criminal Procedure Code of Croatia Zakon o kaznenom postupku – informal consolidated. 2009. URL: <http://www.google.com.ua/url>.
21. Jaan Ginter. Criminal Liability of Legal Persons in Estonia. *Juridica international*. № XVI 2009. URL: <http://www.juridicainternational.eu/-public/pdf.pdf>.
22. German and American Prosecutions: An Approach to Statistical Comparison. *Bureau of Justice Statistics. Department of Justice. Office of Justice Programs*. URL: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/gap.pdf>.

INTERNATIONAL INSTITUTIONS IN THE TRANSITIONAL JUSTICE PROCESS

Міжнародні інституції в процесі правосуддя перехідного періоду

Lyubov Vatamanyuk

Key words:

transitional justice, international institutions, conflict, human rights, European Court of Human Rights, International Criminal Court, European Union, United Nations, Security Council.

Ключові слова:

перехідне правосуддя, міжнародні інституції, конфлікт, права людини, Європейський суд з прав людини, Міжнародний кримінальний суд, Європейський союз, Організація Об'єднаних Націй, Рада безпеки.

Постановка проблеми. Концепція правосуддя перехідного періоду («транзитивного правосуддя») є системою механізмів та інструментів, що запроваджуються у певній країні, яка перебуває в стані переходу від збройного конфлікту до пост-конфліктного періоду або від тоталітарного до демократичного режиму. Міжнародна практика показує, що концепція й напрямки перехідного правосуддя постійно розвиваються та удосконалюються як зусиллями самих країн, так, зокрема, із-за активної участі різних міжнародних інституцій. Впровадження інституту «транзитивного правосуддя» до вітчизняної політико-правової моделі покликане забезпечити не лише констатацію фактів та оцінку діапазонів порушення прав людини внаслідок виниклого конфлікту на Сході України, але й сприяти виробленню ефективного курсу змін інститутів, які гарантують права людини в державі. У процесі проведення реформ цих інститутів повинен застосовуватись досвід інших країн, які зуміли відновити права, що не були забезпечені їх державами.

Аналіз досліджень і публікацій. Тематика перехідного правосуддя всебічно представлена наукових роботах Ж. Балабанюк, А. Блага, М. Гнатовського, Р. Додонова, А. Зоріної, О. Євсєєва, О. Задорожного, К. Кармазіної, Є. Качанова, А. Кориневича, С. Куліцької, Я. Мельника, В. Михайленко, О. Овчаренко, Ю. Орлова, Н. Сатохіної, О. Семенюк, О. Уварової, К. Хлабистої, С. Шемети, О. Щербанюк. Разом з тим дослідження цього феномена залишається і надалі актуальним, що зумовлено наявністю збройного протистояння в Україні та пошуків оптимальних шляхів виходу з нього, що веде до необхідності вивчення місця та ролі міжнародних інституцій в процесі правосуддя перехідного періоду та комплексності їх механізмів, які можуть бути застосовані в українському суспільстві.

Мета статті є здійснення всебічного аналізу місця та ролі міжнародних інституцій в процесі правосуддя перехідного періоду.

Виклад основного матеріалу. Міжнародні інституції – це різновиди соціальних інститутів, які характеризуються діяльністю на рівні міжнародного режиму, завдяки їм здійснюється регулювання міжнародних відносин й в межах їх компетенцій формується власний міжнародно-політичний режим. Правосуддя перехідного періоду упродовж останніх десятиліть набуло широкої інституалізації, що простежується через виникнення місцевих інститутів, передусім в Північній Ірландії, Південній Африці, Колумбії, Перу, Марокко, Тунісі та інших країнах.¹

Окрім місцевого характеру, правосуддя перехідного періоду має і глобальний вимір, позаяк до практичної реалізації його заходів широко залучаються міжнародні судові інституції. Це, зокрема, спеціальні міжнародні трибунали стосовно колишньої Югославії та Руанди, Лівану, гібридний трибунал Сьєрра-Леоне, Європейський суд з прав людини, Міжнародний кримінальний суд. Також, значне місце у процесі правосуддя перехідного періоду займають наднаціональні інституції, неурядові міжнародні та регіональні організації: Організація Об'єднаних Націй, Організація американських держав, Африканський союз, Європейський Союз, Рада Європи, Світовий банк та інші донори, міжнародні громадські організації, міжнародні науково-дослідні установи та інші інституції.²

¹ Кривонос Р. Міжнародна співпраця як об'єкт наукового дослідження. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Міжнародні відносини. 2012. Вип. 38-39. С. 24.

² Allen T., Douglas B. (2011). Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights. Transitional Jurisprudence and European Convention on Human Rights. (Cambridge, Cambridge University Press, 2011). pp. 208–238. DOI: 10.1017/CBO9780511758515.010.

Основна роль міжнародних інституцій в перехідному правосудді є в тому, що у разі невиконання державою міжнародних зобов'язань в межах своєї юрисдикції щодо притягнення винних до відповідальності, міжнародне співтовариство може застосувати заходи для забезпечення реалізації такого правосуддя. Розкриваючи потенціал міжнародних інституцій в правосудді перехідного періоду, передусім проаналізуємо їх роль в процесі кримінального судочинства.³

Як показує міжнародний досвід, пост-конфліктне суспільство зазвичай не спосібне самостійно справитись із масовими процесами щодо винних у злочинах, вчинених під час збройного конфлікту. З огляду на це, першими агентами впливу на притягнення до відповідальності суб'єктів винних у масштабних злочинах й порушеннях прав людини в межах перехідного правосуддя виступають спеціальні міжнародні трибунали та Міжнародний кримінальний суд. Створення цих наднаціональних міжнародних інституцій зумовлювалося тим, що національні системи правосуддя в пост-конфліктних суспільствах здебільшого перебували у кризовому стані, а відтак не могли осилити нові виклики.⁴

У контексті аналізу ролі міжнародних трибуналів, слід зауважити, що першим в історії міжнародним кримінальним трибуналом був Нюрнберзький, який аргументовано довів провину та притягнув до кримінальної відповідальності суб'єктів, які скоювали важкі злочини під час Другої світової війни. Власне, цей трибунал став основою для розвитку сучасного світового порядку, забезпечення сфери захисту прав людини та засад міжнародного гуманітарного права. Також, його рішення заклали початок формування міжнародного кримінального права та судочинства на принципах припинення безкарності щодо всіх без винятку злочинців, пріоритету міжнародного права над національним, створення взаємозв'язку між миром⁵ й справедливістю.

Першими подіями після Нюрнберзького процесу та вагомим свідченням значимості міжнародних інституцій у процесі перехідного правосуддя було створення спеціальних кримінальних трибуналів ООН для судового розслідування злочинів, вчинених зі значним порушенням міжнародного гуманітарного права, в колишній Югославії та Руанді (Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії (1993 р.), Міжнародний кримінальний трибунал для Руанди (1995 р.)). Саме ці трибунали стали прецедентом для створення Радою Безпеки міжнародних кримінальних трибуналів як допоміжних органів ООН, що дозволило Раді здійснювати судові функції. Міжнародні кримінальні трибунали є невід'ємною складовою ООН, які покликані відновлювати та підтримувати міжнародний мир та безпеку⁶.

Звісно, модель спеціальних міжнародних трибуналів є не ідеальною, втім вони стали базою для створення на постійній основі Міжнародного кримінального суду (далі – МКС). Його формування здійснювалося відповідно до Римського статуту (1998 р.) та набув дії у 2002 р., після ратифікації його 60 державами. Римський статут став результатом доволі нелегкого компромісу між сильними політичними обмеженнями та необхідністю поважати суверенітет держав. Так, відповідно до ст.1 Римського статуту МКС⁷ є постійним органом, який уповноважений здійснювати юрисдикцію щодо суб'єктів, відповідальних за злочини, що викликають занепокоєність міжнародного співтовариства, передбачені цим Статутом, та доповнює національні системи кримінального правосуддя.

Звідси, діяльність МКС ґрунтується на принципі комплементарності (взаємодоповнюваності), тобто суд може діяти в особливому випадку, коли неспроможні чи не проявляють ініціативи національні суди. Закладання такого принципу визначило співвідношення ролі МКС із національною системою правосуддя, позаяк згідно нього МКС не втручається у національне кримінальне судочинство та не діє всупереч його інституціям, а лише виступає в якості додаткового елемента у боротьбі з особливо важкими категоріями злочинів. Так, МКС займається справами, що пов'язані з конфліктами у Демократичній Республіці Конго, Північній Уганді, Судані⁸.

Юрисдикція МКС передбачає здійснення правосуддя щодо злочинів проти людства, військових злочинів, агресії та геноциду, що забезпечує притягнення до відповідальності винних на міжнародному рівні. Зауважимо, що МКС щодо злочинів агресії може мати юрисдикцію лише після досягнення згоди про визначення цього виду злочину. У правовому та функціональному відношенні МКС є незалежним від ООН ор-

³ Kora Andrieu. *Civilizing Peacebuilding: Transitional Justice, Civil Society and the Liberal Paradigm*. P. 34. URL: <https://library.oapen.org/bitstream/id/481277cd-7d08-4dd8-a4e4-04e96599cc1d/civil.pdf> (дата звернення: 21.11.2020).

⁴ Іванов В. М. Нюрнберзький процес: історичне та правове значення (до 70-річчя Міжнародного військового трибуналу). *Часопис Київського університету права*. 2015. № 3. С. 24–28.

⁵ D Sarooshi, 'The Legal Capacity and Powers of International Organizations in Ian Hurd, Ian Johnstone, and Jacob Katz Cogan (eds), *The Oxford Handbook of International Organizations* (Oxford University Press 2016). URL: <https://www.law.ox.ac.uk/people/dan-sarooshi-qc> (дата звернення: 21.11.2020).

⁶ Римський статут міжнародного кримінального суду. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text (дата звернення: 21.11.2020).

⁷ Евсеев А. Гибридные суды как институт транзитивного правосудия. *Международное правосудие*. 2017. №3(23). С.47.

⁸ «Інструменти забезпечення панування права в постконфліктних державах. Заходи судового переслідування». URL: https://www.irf.ua/content/files/choice_justice.pdf (дата звернення: 21.11.2020).

ганом й не відноситься до її системи. Втім, відносини між МКС та ООН є досить тісними та регулюються спеціальною Угодою про взаємини між ними. Так, Рада Безпеки¹ може порушити справу щодо розгляду в МКС або передати на його розгляд ту чи іншу справу, яка би в іншому випадку не попадала в його юрисдикцію. Зважаючи, на складний характер діяльності МКС, кількість направлених до нього справ й винесених вироків є порівняно незначними.

Визначальною метою МКС є припинення безкарності та запобігання вчиненню подальших важких злочинів проти людства. У країнах, які ратифікували Римський статут, МКС виступає як суд останньої інстанції, що не конкурує з державами, а є каталізатором здійснення національного судочинства, який сприяє справедливому розгляду кожного злочину. Наразі учасницями Римського статуту МКС є 122 держави, з них – 33 держави Африки, 28 держав Латинської Америки, 25 держав Західної Європи, 18 держав Східної Європи, 18 держав Азії та інші держави².

Проблема визначення потенціалу міжнародних інституцій в правосудді перехідного періоду спонукає до аналізу так званих «гібридних судів», які створювалися ООН із залученням іноземних суддів. Ці суди належали до органів міжнародного кримінального правосуддя, позаяк у своїй діяльності керувались як національним, так і міжнародним законодавством. У цьому аспекті залучення міжнародної компоненти до національної судової системи було позитивним чинником для такого механізму перехідного правосуддя як кримінальне переслідування, оскільки сприяло гармонізації судової практики, підвищенню професійної обізнаності місцевих суддів й зростанню довіри соціуму до системи правосуддя. Зокрема, до таких гібридних трибуналів належать спеціальні судові палати з тяжких злочинів у Тимор-Лешті, Спеціальний Трибунал щодо Лівану, Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне, Судова палата із розслідування воєнних злочинів у Боснії та Герцеговині³.

Відносно цього, ООН в своєму документі «Інструменти забезпечення панування права в постконфліктних державах. Заходи судового переслідування» відзначає, що у випадку Тимор-Лешті та Косово взагалі не було можливості кримінального переслідування на національному рівні, і тому ООН створила міжнародну групу фахівців, які фактично займалися кримінальним переслідуванням у межах національної правової системи (йдеться про Групу із тяжких злочинів та спеціальні комісії в Тимор-Лешті, а теж про Програму міжнародних суддів і обвинувачів в Косово)⁴.

В окремих випадках, приміром у Сьєрра-Леоне та Камбоджі, ООН уклала спеціальні угоди з їх урядами, що сприяло зростанню національного потенціалу щодо кримінального переслідування. Внаслідок цього, в Сьєрра-Леоне було сформовано Спеціальний суд, який функціонує на основі власного статуту та правил судочинства, і є незалежним від правового режиму держави. У Камбоджі вирішили створити «надзвичайні камери», які теж також мають власні процедури та правила⁵.

ООН будучи наднаціональною міжнародною організацією, в якій об'єдналися незалежні країни заради загального миру та соціального прогресу, здійснила також значний вплив на розвиток механізмів кримінального переслідування винних у скоєні злочинів не лише шляхом запровадження міжнародних трибуналів та створення МКС, але й застосовувала відповідні заходи щодо підтримки національної системи правосуддя пост-конфліктних держав⁶.

Враховуючи недоліки попередньої роботи, нині ООН спрямовує свої ресурси здебільшого на забезпечення підтримки саме локальних сил, які запроваджують реформи перехідного правосуддя, що сприяє зміцненню власних національних органів юстиції, і в перспективі дозволить заповнити «правовий вакуум», характерний державам пост-конфліктного періоду. Так, в своєму звіті Генеральний секретар ООН зауважує, що діяльність ООН в процесах перехідного періоду буде спрямована на довготривалу перспективу максимальної допомоги державам у розвитку та зміцненні власних національних систем правосуддя відповідно до міжнародних стандартів. Мабуть таке зміщення акценту ООН з міжнародної на національну компоненту кримінального судочинства пов'язане певною мірою зі значними витратами на діяльність міжнародних трибуналів та судів, тривалими строками розгляду справ, а також віддаленістю від держави, справи якої розглядаються.

¹ Паперняк О. В. Потенціал міжнародних інституцій в процесі правосуддя перехідного періоду: теорія і практика. URL: <https://core.ac.uk/reader/323526690> (дата звернення: 21.11.2020).

² Звіт Генерального секретаря про роботу Організації. URL: <https://ukraine.un.org/uk/93805-zvit-generalnogo-sekretarya-pro-robotu-organizacii> (дата звернення: 21.11.2020).

³ Загальні принципи політики ЄС щодо підтримки правосуддя перехідного періоду. URL: <https://helsinki.org.ua/articles/pidhody-es-do-pravosuddya-u-period-konfliktu-ta-perehidnyj-period/> (дата звернення: 21.11.2020).

⁴ Копенгагенські критерії членства в Європейському Союзі. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/TM025037> (дата звернення: 21.11.2020).

⁵ Бобринский Н. А. Правовые основы правосудия переходного периода в документах ООН. Библиотека криминалиста. 2014. № 5. С. 32

⁶ Fionnuala Ní Aoláin transitional justice and the European convention on human rights. URL: <https://www.geneva-academy.ch/the-academy/about-us/experts/detail/82-fionnuala-ni-aolain>. (дата звернення: 21.11.2020).

Іншим вагомим інструментом перехідного правосуддя, до розвитку якого теж активно долучається ООН, є комісії зі встановлення істини. Так, Комісії зі встановлення істини в Гватемалі, Тимор-Лешті, Сьєрра-Леоне, Сальвадорі, Демократичній Республіці Конго, Ліберії користувалися активною допомогою та підтримкою з боку ООН.

Значний потенціал ООН спрямовує на реформи судових і правоохоронних органів у державах, які є на етапі перехідного періоду, нею створюються відповідні установи та департаменти, формуються спеціальні програми та фонди, до яких залучаються висококваліфіковані фахівці, які мають позитивний досвід розбудови перехідного правосуддя. Разом з тим, з 2005 р. при ООН функціонує Комісія з розбудови миру, яка опрацьовує відповідні стратегії та формулює план дій для держав, що постраждали внаслідок збройних конфліктів. Управління Верховного комісара ООН з прав людини (УВКПЛ) займається розробленням стандартів й інструментів верховенства права, а теж підготовкою та впровадженням механізмів перехідного правосуддя. Окрім цього, УВКПЛ відповідає на запити Ради з прав людини щодо питань перехідного правосуддя.

Позиція Європейського Союзу до механізмів перехідного правосуддя в пост-конфліктних державах окреслилася лише в 2015 р. Так, він став першою регіональною організацією, яка визначила цілі, принципи та механізми запровадження заходів ЄС щодо підтримки перехідного правосуддя. Відтак, до Плану дій з питань прав людини та демократії додавалося окреме питання, що стосувалося перехідного правосуддя. В результаті, були прийняті Висновки Ради про підтримку ЄС правосуддя перехідного періоду разом із Рамковою політикою ЄС щодо підтримки правосуддя перехідного періоду.

Загалом позиція ЄС кореспондується із положеннями про перехідне правосуддя, визначене у документах ООН, також ЄС повністю підтримує Римський Статут й виступає за розширення юрисдикції МКС. З огляду на це, ЄС надає фінансову допомогу державам у розвитку національного судочинства, підтримує комісії з пошуку правди, розробки механізму компенсаційних витрат постраждалим й системи інституційних реформ, зокрема в сфері безпеки та оборони, сприяє операціям у конкретних країнах. Однією із визначальних засад політики ЄС є проведення судових реформ із широким залученням до них громадськості. Серйозність намірів ЄС у розвитку правосуддя перехідного періоду насамперед підтверджується декларуванням в Копенгагенських критеріях обов'язковості дотримання принципів правосуддя перехідного періоду державам-кандидатам на вступ.

Важливими міжнародними інституціями, які беруть участь у процесах перехідного правосуддя є Рада Європи (РЄ), й, зокрема, Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ). Завдяки останньому можна простежити спроможність національного правосуддя вирішувати проблеми порушення прав людини в державі, зокрема числі під час конфлікту та пост-конфліктного врегулювання. ЄСПЛ має доволі широку судову практику, передусім, що торкається права жертв від злочинів, які були допущені попередніми режимами, знати правду про обставини вчиненого щодо них злочину, а теж пов'язаних з реституцією.

Окрім цього, ЄСПЛ має значний досвід щодо законності застосування таких елементів перехідного правосуддя як амністії та люстрації. Відтак, наявність позитивної судової практики ЄСПЛ стосовно таких суперечливих питань як реституція, амністія, люстрація показує його потенціал у правовому вирішенні більшості питань, які виникають у пост-конфліктному та пост-репресивному контекстах. Вагомим є те, що ЄСПЛ не лише правильно оцінює політичні простори та особливості минулого, в яких верховенство права мало досить мінливий характер, однак й намагається паралельно формувати бачення європейських прав людини на майбутнє⁷.

Перехідне правосуддя, що ґрунтується на взаємозалежності різних його механізмів, також обов'язково повинно враховувати різні рівні та акторів. Передусім, це стосується участі в цьому процесі інститутів громадянського суспільства та характеру їх відносин з державними інституціями. Окрім цього, потрібно брати до уваги достатність взаємодії між міжнародними та локальними інституціями, позаяк при недостатньому врахуванні міжнародними суб'єктами ендемічних умов, будь-які дії можуть призвести до гальмування процесу навіть непередбачуваних чи навіть непередбачуваних негативних наслідків.

Важливу роль у процесах правосуддя перехідного періоду здійснюють міжнародні громадські та дослідницькі інституції, зокрема тоді, коли держава не проявляє бажання або не спроможна їх реалізовувати. Серед них, приміром, «International Center for Transitional Justice» (ICTJ), що працює у напрямі забезпечення правосуддя в державах, які зазнали масових порушень прав людини під час конфліктів та репресій.

Висновки. У пост-конфліктному періоді перехідне правосуддя та громадянське суспільство досить часто тісно взаємопов'язані. Міжнародні інституції сприяють підкріпленню локального громадянського суспільства, що в майбутньому позитивно впливає на перехідне правосуддя. Буває і навпаки, часто окремі заходи правосуддя перехідного періоду, приміром, судові процеси, комісії з правди або репарації, можуть виступати каталізатором розвитку інститутів громадянського суспільства.

Міжнародне втручання до механізмів перехідного правосуддя певної держави не завжди є перевагою, позаяк не завжди сприймається локальним соціумом, розуміється як іноземна експансія. Окрім цього, під-

⁷ Fisher, Y. (2011). The sense of self-efficacy of aspiring principals: Exploration in a dynamic concept. *Social Psychology of Education*. pp. 93–107.

тримка міжнародних організацій також може впливати на збереження чинної влади, яка використовує це як аргумент до певних своїх дій, не погоджених із ендемічним громадянським суспільством. Міжнародний інтерес до перехідної справедливості теж може завчасно активізувати процеси боротьби з минулим, коли суспільство не буде до цього підготоване. Це може дискредитувати перехідну справедливість та зробити її нездійсненною в майбутньому, в більш актуальному часі.

Отже, з одного боку залучення міжнародних інституцій до заходів перехідного правосуддя як незаангажованих експертів та професіоналів із позитивним досвідом у цій сфері сприяє розвитку її механізмів. З іншого, враховуючи все ж таки зовнішній характер цих інституцій зостається небезпека реалізації заходів без врахування локальних умов та належної взаємодії із місцевими акторами, що може призвести до негативних наслідків на шляху до примирення.

Анотація

У статті здійснено аналіз місця та ролі міжнародних інституцій в процесі правосуддя перехідного періоду. Визначено, що концепція правосуддя перехідного періоду є системою механізмів та інструментів, що запроваджуються у певній країні, яка перебуває в стані переходу від збройного конфлікту до пост-конфліктного періоду або від тоталітарного до демократичного режиму. Розглянувши міжнародну практику з'ясовано, що концепція й напрямки перехідного правосуддя постійно розвиваються та удосконалюються як зусиллями самих країн, так, зокрема, із-за активної участі різних міжнародних інституцій. Доведено, з одного боку міжнародні інституції сприяють підкріпленню локального громадянського суспільства, що в майбутньому позитивно впливає на перехідне правосуддя. З іншого боку, часто окремі заходи правосуддя перехідного періоду, приміром, судові процеси, комісії з правди або репарації, можуть виступати каталізатором розвитку інститутів громадянського суспільства.

Annotation.

The article analyzes the place and role of international institutions in the process of transitional justice. It is determined that the concept of transitional justice is a system of mechanisms and tools implemented in a certain country that is in a state of transition from armed conflict to post-conflict period or from totalitarian to democratic regime. Examining international practice, it is clear that the concept and directions of transitional justice are constantly evolving and improving both through the efforts of the countries themselves, and, in particular, due to the active participation of various international institutions. It has been proven that, on the one hand, international institutions contribute to the strengthening of local civil society, which will have a positive impact on transitional justice in the future. On the other hand, often individual transitional justice measures, such as trials, truth commissions or reparations, can catalyze the development of civil society institutions.

References:

1. Кривонос Р. Міжнародна співпраця як об'єкт наукового дослідження. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Міжнародні відносини. 2012. Вип. 38-39. С. 24.
2. Allen T., Douglas B. (2011). Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights. *Transitional Jurisprudence and European Convention on Human Rights*. (Cambridge, Cambridge University Press, 2011). pp. 208–238. DOI: 10.1017/CBO9780511758515.010.
3. Kora Andrieu. Civilizing Peacebuilding: Transitional Justice, Civil Society and the Liberal Paradigm. P. 34. URL: <https://library.oapen.org/bitstream/id/481277cd-7d08-4dd8-a4e4-04e96599cc1d/civil.pdf> (дата звернення: 21.11.2020).
4. Іванов В. М. Нюрнберзький процес: історичне та правове значення (до 70-річчя Міжнародного військового трибуналу). Часопис Київського університету права. 2015. № 3. С. 24–28.
5. D Sarooshi, 'The Legal Capacity and Powers of International Organizations in Ian Hurd, Ian Johnstone, and Jacob Katz Cogan (eds), *The Oxford Handbook of International Organizations* (Oxford University Press 2016). URL: <https://www.law.ox.ac.uk/people/dan-sarooshi-qc> (дата звернення: 21.11.2020).
6. Римський статут міжнародного кримінального суду. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text (дата звернення: 21.11.2020).
7. Евсеев А. Гибридные суды как институт транзитивного правосудия. *Международное правосудие*. 2017. №3(23). С.47.
8. «Інструменти забезпечення панування права в постконфліктних державах. Заходи судового переслідування». URL: https://www.irf.ua/content/files/choice_justice.pdf (дата звернення: 21.11.2020).
9. Паперняк О. В. Потенціал міжнародних інституцій в процесі правосуддя перехідного періоду: теорія і практика. URL: <https://core.ac.uk/reader/323526690> (дата звернення: 21.11.2020).
10. Звіт Генерального секретаря про роботу Організації. URL: <https://ukraine.un.org/uk/93805-zvit-generalnogo-sekretarya-pro-robotu-organizacii> (дата звернення: 21.11.2020).
11. Загальні принципи політики ЄС щодо підтримки правосуддя перехідного періоду. URL: <https://helsinki.org.ua/articles/pidhody-es-do-pravosuddya-u-period-konfliktu-ta-perehidnyj-period/> (дата звернення: 21.11.2020).

12. Копенгагенські критерії членства в Європейському Союзі. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/TM025037> (дата звернення: 21.11.2020).
13. Бобринский Н. А. Правовые основы правосудия переходного периода в документах ООН. Библиотека криминалиста. 2014. № 5. С. 32
14. Fionnuala Ní Aoláin transitional justice and the European convention on human rights. URL: <https://www.geneva-academy.ch/the-academy/about-us/experts/detail/82-fionnuala-ni-aolain>. (дата звернення: 21.11.2020).
15. Fisher, Y. (2011). The sense of self-efficacy of aspiring principals: Exploration in a dynamic concept. *Social Psychology of Education*. pp. 93–107.

Lyubov Vatamanyuk,

*Department of Theory, History and Philosophy of Law
Institute of Law, Psychology and Innovative Education
Lviv Polytechnic National University*

GROUNDS FOR REIMBURSEMENT (COMPENSATION) FOR HARM CAUSED TO A PERSON BY ILLEGAL DECISIONS, ACTIONS OR OMISSIONS OF THE BODIES CARRYING OUT OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITIES, PRE-TRIAL INVESTIGATION, PROSECUTOR'S OFFICE OR COURT

*Підстави відшкодування (компенсації) шкоди, завданої особі
незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу,
що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове
розслідування, прокуратури або суду*

Anastasiia Vyltsan

Keywords:

criminal proceedings; rehabilitation; compensation for harm caused by illegal decisions, actions or omissions

Ключові слова:

кримінальний процес; реабілітація; відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю

Постановка проблеми. Визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю в Україні (ч.1 ст.3 Конституції України) зобов'язує державу бути відповідальною перед людиною за свою діяльність (ч.2 ст.3 Основного Закону України). У сфері кримінальної юстиції згадані приписи віднаходять своє втілення у такому міжгалузевому правовому інституті, як реабілітація. Одним із найбільш поширених аспектів її застосування є компенсація шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду.

Правове регулювання відшкодування шкоди, завданої проведенням діяльності у сфері кримінальної юстиції, характеризується комплексністю, що знаходить свій вияв у закріпленні відповідних норм права в актах різної юридичної сили та спрямованості: від Конституції України (ст.56, ч.4 ст.62), міжнародно-правових договорів (п.5 ст.9, п.6 ст.14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, п.1,2 ст.85 Римського статуту Міжнародного кримінального суду) та кодифікованих законів (ст. 130 Кримінального процесуального кодексу України, ст.1176 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) до профільного закону (Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 року № 266/94-ВР (далі – Закон про відшкодування шкоди) і підзаконних нормативно-правових актів (Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду», затверджене наказом Міністерства юстиції, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів України від 04.03.96 р. № 6/5/3/41). Впорядкування суспільних відносин приписами різних нормативно-правових актів криє у собі ризик появи різного роду дефектів (прогалин та колізій), які однаково негативно впливають на ефективність правового регулювання. Описана проблема не оминула й інституту реабілітації, через що наукове осмислення проблемних аспектів підстав компенсації шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів кримінальної юстиції, набуває неабиякої актуальності.

Виклад основного матеріалу. Для більш цілісного розуміння механізму реабілітаційної компенсації варто окреслити загальні підстави такого виду деліктної відповідальності. Як влучно зазначив Верховний Суд України у постанові від 25 травня 2016 року (справа № 6-440цс16): «Загальні підстави відповідальності за завдану майнову та моральну шкоду передбачені нормами статей 1166, 1167 ЦК України, відповідно до

яких шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності *вини* (тут і далі курсив авт. – А.В.)»¹. На потребі довести вину як елемент складу цивільного правопорушення наголосив і Верховний Суд², надавши визнане судовою практикою визначення й інших обов'язкових елементів: «Шкода – це зменшення або знищення майнових чи немайнових благ, що охороняються законом. *Протиправною* є поведінка, що не відповідає вимогам закону або договору, тягне за собою порушення майнових прав та інтересів іншої особи і спричинила заподіяння збитків. *Причинний зв'язок* як елемент цивільного правопорушення виражає зв'язок протиправної поведінки та шкоди, що настала, при якому протиправність є причиною, а шкода – наслідком»³.

Специфіка підстав реабілітаційної компенсації, які органічно впливають із загальних, проявляється у трьох площинах: а) відповідальності незалежно від вини посадових осіб органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури і суду (ч.2 ст.1 Закону про відшкодування шкоди, ч.1 ст.1176 ЦК); б) особливостях суб'єктного складу заподіювачів шкоди (такими є органи дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду); в) особливому способі її заподіяння (конкретні форми деталізовано у ст.1 Закону про відшкодування шкоди, ч.1 ст.1176 ЦК)⁴. Аналіз зазначених останніми нормативно закріплених переліків незаконних дій, внаслідок вчинення яких в особи виникає право на реабілітаційне відшкодування, а у держави – обов'язок його здійснити, дає підстави стверджувати про наявність формальних і змістовних відмінностей у них. Так, найбільш лаконічним можна вважати закріплений у ч.1 ст.1176 ЦК перелік, що у контексті кримінальної юстиції охоплює незаконне: 1) засудження; 2) притягнення до кримінальної відповідальності; 3) застосування запобіжного заходу; 4) затримання. Такий перелік, будучи закритим, компенсується положеннями частини 6 цієї ж статті, яка передбачає можливість відшкодування шкоди, завданої внаслідок *іншої* незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, органу досудового розслідування, прокуратури або суду, проте вже на загальних підставах.

Закріплений же у Законі про відшкодування шкоди перелік відображає інший підхід нормотворця як до термінології, так і до змістовної частини. Замість незаконного притягнення до кримінальної відповідальності пропонується *незаконне повідомлення про підозру*, а незаконні застосування запобіжного заходу і затримання замінені *незаконним взяттям і триманням під вартою*. У той час як синонімія першої пари сумнівів не викликає, нетотожність змісту термінів другої пари є очевидною. Окрім того, спеціальний закон містить також відкритий, проте більш розширений порівняно з ЦК перелік. Окрім наведених вище, у контексті кримінальної юстиції згадуються незаконні: 1) засудження; 2) проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки; 3) накладення арешту на майно; 4) відсторонення від роботи (посади); 5) проведення інших процесуальних дій, що обмежують права громадян; 6) проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених законами України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» та іншими актами законодавства. Показово, що вжита у Законі про відшкодування термінологія відрізняється також і від тієї, яка вживається у чинному процесуальному законі. До прикладу, вилучення речей і документів іменується виїмкою (п.1 ч.1 ст.1 Закону про відшкодування шкоди).

Різність переліків є проблемою не лише нормативно-технічного рівня: негативні наслідки спостерігаються і у практичній площині. Так, суд касаційної інстанції вбачав у відмінностях переліків намір законодавця диференціювати порядок реабілітаційної компенсації залежно від того, якими саме рішеннями, діями або бездіяльністю було завдано шкоду⁵, водночас критеріїв відмежування виділено так і не було. Наприклад, в одному із кримінальних проваджень було проведено обшук приміщення – місця здійснення адвокатської діяльності, з порушенням гарантій адвокатської діяльності, закріплених у ст.23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Зазначені дії у подальшому були визнані незаконними, що стало підставою для відшкодування спричиненої ними моральної шкоди. Найбільш цікавим виглядає те, що питання кваліфікації дій та визначення у зв'язку з цим порядку, у відповідності до якого має здійснюва-

¹ Постанова Верховного Суду України від 25 травня 2016 року (справа № 6-440цс16). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/58106451>

² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 березня 2019 року (справа № 920/715/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81013412>

³ Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 30 січня 2019 року (справа № 199/1478/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79615929>

⁴ Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 13 травня 2019 року (справа № 459/2513/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81722119>; Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 березня 2019 року (справа № 920/715/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81013412>; Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01 листопада 2017 року (справа № 638/13320/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70144150>

⁵ Постанова Верховного Суду України від 22 червня 2017 року (справа № 638/11853/15-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/67721387>

тися відшкодування, перша, апеляційна і касаційна інстанції вирішували по-різному, від чого, проте, зміст рішення не змінився¹.

Проблеми у правозастосуванні виникають і під час визначення кола тих протиправних рішень, дій чи бездіяльності, які можуть стати підставою для реабілітаційного відшкодування. Так, особа звернулася із позовом про відшкодування шкоди, завданої незаконними процесуальними діями органу досудового розслідування, пов'язаними із вилученням автомобіля за результатами огляду місця події. Хоча така процесуальна дія прямо не згадана ані у ст.1 Закону про відшкодування шкоди, ані у ч.1 ст.1176 ЦК, суди апеляційної та касаційної інстанцій, на відміну від суду першої інстанції, частково задовольнили позовні вимоги, кваліфікувавши тим самим згадану незаконну дію як підставу для реабілітаційного відшкодування, керуючись разом з тим положеннями Закону про відшкодування шкоди².

Аналогічна судово-практична кваліфікація має місце і щодо іншої, прямо не згаданої у нормативно закріплених переліках дії, такої як неправомірне закриття кримінального провадження і відмова у визнанні особи потерпілим. Взявши до уваги підтвердження незаконності дій ухвалами слідчого судді, суди усіх інстанцій визнали наявність підстав для реабілітаційного відшкодування на підставі ст.ст.1174, 1176 ЦК³. Такого ж висновку суди доходять і щодо неповнення вилученого майна, арешт якого було скасовано⁴.

Протилежного висновку – про невизнання діяння підставою для реабілітаційного відшкодування, суди дотримуються щодо, наприклад, невнесення відомостей до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань, визнаного слідчим суддею незаконною бездіяльністю. Підставою для такого умовиводу стало те, що «сам факт зобов'язання ухвалою суду внести відповідні відомості до ЄРДР не свідчить про протиправність дій прокуратури та завдання моральної шкоди позивачу, враховуючи, що права та інтереси позивача були поновлені»⁵. Якщо з другою частиною наведеного аргументу – недоведеністю завдання бездіяльністю моральної шкоди, умовно ще можна погодитися, то його перша частина – відкритість питання про протиправність бездіяльності, з точки зору логіки реабілітаційного відшкодування виглядає сумнівною. Обидві частини аргументу відображають різні елементи складу делікту, як підстави для цивільно-правової відповідальності, тому вести мову про їхній нерозривний зв'язок необґрунтовано. Якщо слідчим суддею було задоволено скаргу на бездіяльність, що полягає у невнесенні відомостей до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань, то тим самим таку бездіяльність було визнано незаконною, через що один елемент складу – протиправність діяння, є доведеним. Водночас питання про спричинення в результаті цього моральної шкоди та причинно-наслідковий зв'язок між нею і бездіяльністю залишається відкритим та підлягає доведенню на рівні з іншими елементами предмету доказування.

На окрему увагу заслуговує питання встановлення незаконності рішення, дії чи бездіяльності – одного з ключових елементів у механізмі реабілітаційного відшкодування, про що свідчить послідовне його вжиття у ст.1 Закону про відшкодування шкоди та ст.1176 ЦК. Закон про відшкодування шкоди поряд з фактичними, мова про які йшла вище, встановлює також формальні підстави відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю у сфері кримінальної юстиції. Так, у ст.2 Закону про відшкодування шкоди перелічуються процесуальні дії або рішення, посередництвом яких достеменно підтверджується наявність фактичних обставин (наприклад, постановлення виправдувального вироку суду (п.1), закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення і т.п.). У контексті ж відкритості переліку особливий інтерес викликає п.1-1 ч.1 ст.2 Закону про відшкодування шкоди, яким передбачено встановлення в обвинувальному вирокі суду чи *іншому рішенні суду* (крім ухвали суду про призначення нового розгляду) факту незаконного повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують чи порушують права та свободи громадян, незаконного проведення оперативно-розшукових заходів. Варто зауважити, що виділену курсивом категорію варто тлумачити не буквально, а розширювально, і розуміти під рішенням суду акт судової влади у будь-якій формі (рішення, постанова, ухвала, вирок). Про обґрунтованість такого

¹ Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 09 жовтня 2019 року (справа № 646/1591/18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84941549>

² Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 серпня 2017 року (справа № 686/4899/15-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68389897>

³ Постанова Верховного Суду від 25 липня 2018 року (справа № 638/6944/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75498261>

⁴ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 березня 2019 року (справа № 920/715/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81013412>

⁵ Постанова Хмельницького апеляційного суду від 11 грудня 2018 року (справа № 686/24223/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78610003>; Постанова Харківського апеляційного суду від 14 листопада 2018 року (справа № 638/7540/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78012327>; Рішення Ожтєбрьського районного суду м.Полтава від 10 квітня 2019 року (554/1465/19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81157682>

висновку свідчить те, що згадані у п.1-1 ч.1 ст.2 Закону про відшкодування шкоди обставини можуть бути встановлені не лише в актах судової влади, виданих у формі рішення суду.

Додаткові критерії, яким має відповідати таке судове рішення, виробила судова практика, яка з цього питання не є однозначною. З одного боку, суд касаційної інстанції в особі Вищого господарського суду України дійшов висновку, що рішення не може бути постановленим за результатами того ж процесу, в межах якого вирішується питання про реабілітаційне відшкодування: «... перевірка правомірності дій чи бездіяльності органів дізнання, досудового слідства чи прокуратури при проведенні дій, передбачених Кримінально-процесуальним кодексом України не відноситься до компетенції судів господарської юрисдикції»⁶, а тому має бути надано процесуальний документ «компетентного суду, який набрав законної сили та яким встановлено незаконність дій посадових осіб», вчинених під час досудового розслідування кримінального провадження⁷. Такий підхід було підтримано і Великою Палатою Верховного Суду: «Вимоги про визнання незаконними дій органів досудового розслідування у кримінальних провадженнях мають вирішуватися за правилами КПК України»⁸, через що провадження у справі в частині позовних вимог про визнання дій незаконними було закрито як таке, що не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства. З іншого боку, Верховним Судом було висловлено й протилежну за змістом позицію. Так, Велика Палата дійшла такого висновку: «... питання наявності між сторонами деліктних зобов'язань та цивільно-правової відповідальності за заподіяну шкоду перебуває у площині цивільних правовідносин потерпілого та держави, що не регулюються нормами КПК України, а господарський суд самостійно встановлює наявність чи відсутність складу цивільного правопорушення, який став підставою для стягнення шкоди, оцінюючи надані сторонами докази»⁹.

Причина полярності позицій з описаного питання криється у деталях. Поява першого підходу (визнання рішень, дій чи бездіяльності незаконними має здійснюватися в рамках кримінального судочинства) зумовлена невичерпанням усіх кримінально-процесуальних засобів судового захисту. Іншими словами, позивач не скористався доступною кримінально-процесуальною процедурою оскарження рішення, дії чи бездіяльності, порушивши це питання в рамках цивільно-правового спору. Формування другого підходу (визнання рішень, дій чи бездіяльності незаконними належить до предмета доказування у деліктному процесі (цивільному чи господарському) викликано тим, що скористатися засобами судового захисту в рамках будь-якого іншого судочинства особа можливості не мала: у згаданій вище справі «спірні деліктні правовідносини виникли у зв'язку з втратою тимчасово вилученого майна, тобто, через дії, які не опосередковуються регулюванням КПК»¹⁰. Отже, якщо кримінальний процесуальним законом передбачена можливість оскарження рішення, дії чи бездіяльності, якими завдається шкода, то для підтвердження протиправності діяння в рамках деліктного процесу (цивільного чи господарського) вимагається наявність судового рішення, у якому зафіксоване таке визнання, тобто використовується преюдиційний механізм (окрім ситуації закриття кримінального провадження за реабілітуючими підставами, самого факту якого для реабілітаційного відшкодування більш ніж достатньо (див. ¹¹). Якщо ж відсутня процедура оскарження рішення, дії чи бездіяльності у порядку кримінального судочинства, то протиправність діяння підлягає доказуванню в рамках деліктного процесу на загальних підставах (без використання преюдиційності винесеного раніше судового рішення про це).

Висновки. З викладеного можна дійти висновку, що:

– підставою для відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, є наявність фактичного складу: 1) незаконного рішення, дії чи бездіяльності, яка: а) прямо згадана у ст.1 Закону про відшкодування шкоди чи ч.1 ст.1176 ЦК; або б) хоча прямо і не згадана, але обмежує права громадян (п.1 ч.1 ст.1 Закону про відшкодування шкоди); 2) моральної і матеріальної шкоди (ст.3 Закону про відшкодування шкоди); 3) причинно-наслідкового зв'язку між рішенням, дією чи бездіяльністю і завданою шкодою;

1. наявність першого елементу складу (незаконне рішення, дія чи бездіяльність) встановлюється, за загальним правилом, на підставі судового рішення, у якому визнано протиправність. Виключенням

⁶ Постанова Вищого господарського суду України від 02 грудня 2015 року (справа № 917/2290/14). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/54122552>

⁷ Постанова Вищого господарського суду України від 09 жовтня 2017 року (справа № 910/21951/16). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70246020>

⁸ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22 квітня 2019 року (справа № 236/893/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81552802>

⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 березня 2019 року (справа № 920/715/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81013412>

¹⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 березня 2019 року (справа № 920/715/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81013412>

¹¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22 квітня 2019 року (справа № 236/893/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81552802>

є ситуація закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення, відсутністю у діянні складу кримінального правопорушення або невстановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи у суді і вичерпання можливостей їх отримати (п.2 ч.1 ст.2 Закону про відшкодування шкоди), коли самого факту закриття кримінального провадження достатньо для початку процедури реабілітаційного відшкодування;

2. винесення судового акту про незаконність рішення, дії чи бездіяльності має здійснюватися в рамках кримінального судочинства, окрім ситуації, коли відсутні передбачені кримінальним процесуальним законом засоби судового захисту. У такому разі доведення незаконності проводиться під час доказування в рамках деліктного процесу (цивільного чи господарського).

У контексті проведеного дослідження можна виділити такі перспективні напрями для подальшої наукової розробки можливості реабілітаційного відшкодування у разі:

- а) винесення ухвали про відмову у застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру;
- б) закриття кримінального провадження у зв'язку відсутністю складу кримінального правопорушення через недосягнення особою віку, з якого настає кримінальна відповідальність / можна застосовувати примусові заходи виховного характеру;
- в) перекваліфікації кримінально-караного діяння на менш тяжке (повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри);
- г) встановлення неправомірності рішень, дій чи бездіяльності у рішенні Європейського суду з прав людини.

Анотація

У статті досліджено підстави відшкодування (компенсації) шкоди, завданої особі незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду у кримінальному процесі України. Проаналізовано судову практику судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій щодо реабілітаційного відшкодування шкоди, завданої у сфері кримінальної юстиції. Встановлено, що підставою для відшкодування такої шкоди є наявність фактичного складу: 1) незаконного рішення, дії чи бездіяльності; 2) шкоди; 3) причинно-наслідкового зв'язку між ними. У контексті проведеного дослідження виокремлено перспективні напрями для подальших наукових розвідок.

Abstract

The article examines the grounds for reimbursement (compensation) for harm caused to a person by illegal decisions, actions or omissions of the bodies carrying out operational-search activities, pre-trial investigation, prosecutor's office or court in the criminal process of Ukraine. The case law of the courts of first, appellate and cassation instances on rehabilitation compensation for harm caused in the field of criminal justice is analyzed. It is established that the basis for compensation for such harm is the presence of the actual composition of: 1) illegal decision, action or omission; 2) harm; 3) the causal link between them. In the context of the study, promising areas for further research are identified.

References:

1. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 березня 2019 року (справа № 920/715/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81013412>
2. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22 квітня 2019 року (справа № 236/893/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81552802>
3. Постанова Верховного Суду від 25 липня 2018 року (справа № 638/6944/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75498261>
4. Постанова Верховного Суду України від 22 червня 2017 року (справа № 638/11853/15-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/67721387>
5. Постанова Верховного Суду України від 25 травня 2016 року (справа № 6-440цс16). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/58106451>
6. Постанова Вищого господарського суду України від 02 грудня 2015 року (справа № 917/2290/14). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/54122552>
7. Постанова Вищого господарського суду України від 09 жовтня 2017 року (справа № 910/21951/16). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70246020>
8. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 30 січня 2019 року (справа № 199/1478/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79615929>
9. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 13 травня 2019 року (справа № 459/2513/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81722119>

10. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 09 жовтня 2019 року (справа № 646/1591/18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84941549>
11. Постанова Харківського апеляційного суду від 14 листопада 2018 року (справа № 638/7540/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78012327>
12. Постанова Хмельницького апеляційного суду від 11 грудня 2018 року (справа № 686/24223/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78610003>
13. Рішення Октябрського районного суду м. Полтава від 10 квітня 2019 року (554/1465/19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81157682>
14. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01 листопада 2017 року (справа № 638/13320/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70144150>
15. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 серпня 2017 року (справа № 686/4899/15-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68389897>

Anastasiia Vyltsan,

*Postgraduate student of the Department of Criminal
Procedure Yaroslav Mudryi National Law University*

THE REGULATION OF CONFIDENTIALITY ENSURING RELATIONSHIPS BY A CONTRACT: PROBLEMS AND PERSPECTIVES

Договірне регулювання відносин із забезпечення конфіденційності: проблеми та перспективи

Dmytro Yakovlev

Key words:

confidentiality, privacy, confidentiality contract, information, secrecy, legal regime

Ключові слова:

конфіденційність, приватність, договір про конфіденційність, інформація, секретність, правовий режим

Постановка проблеми. Однією з обставин, що безпосередньо визначають актуальність та перспективність використання договору для регулювання відносин із забезпечення конфіденційності, виступає якісний рівень їх нормативно-правового регулювання. Адже, чим ширший діапазон аспектів відповідних суспільних зв'язків охоплено нормативно-правовими положеннями, тим меншою є необхідність використання договору для упорядкування відповідних відносин. Іншим словами, потреба у договорі є більшою в тих випадках, коли закон практично не встановлює «правил гри» або містить лише загальні положення, які потребують конкретизації в аспекті конкретних суспільних зв'язків, що складаються між конкретними особами і в конкретних умовах. Якщо ж закон досить широко і комплексно урегульовує відповідні суспільні відносини, то в такому випадку договір використовується переважно для уточнення нормативних положень в рамках меж диспозитивності, тобто для пристосування нормативної моделі суспільних зв'язків під конкретні потреби осіб.

Водночас це питання набуває ознак наукової і прикладної проблеми при більш ретельному аналізі положень чинного цивільного законодавства України, присвячених відповідним відносинам.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання нормативного та індивідуального правового регулювання цивільних відносин, пов'язаних з конфіденційністю, в тій чи іншій мірі розглядалися у працях таких вчених правників як С. С. Алексєєв, І. В. Венедіктова, Н. Ю. Голубєва, І. В. Жилінкова, О. С. Іоффе, Т. С. Ківалова, О. О. Кот, О. В. Кохановська, Н. С. Кузнєцова, Р. А. Майданик, О. І. Міхно, Є. О. Мічурін, В. В. Надьон, О. О. Отрадна, М. Д. Пленюк, М. О. Стефанчук, Р. О. Халфіна, Є. О. Харитонов, В. В. Цюра, Ю. І. Чалий, Я. М. Шевченко, С. І. Шимон, Р. Б. Шишка, О. Я. Явор, В. Л. Яроцький та ін.

Постановка завдання. Мета статті полягає у визначенні якісного рівня нормативно-правового регулювання цивільних відносин із забезпечення конфіденційності, а також встановлення в цьому ключі перспектив використання договору як засобу індивідуального регулювання відповідних суспільних зв'язків.

Основний матеріал дослідження. Звернення до положень чинного цивільного законодавства України, що регулюють відносини з приводу збирання, обробки та поширення конфіденційної інформації, дозволяють визначити одразу декілька моментів, що підкреслюють діапазон можливостей договору у відповідній сфері.

1. Поняття інформації з обмеженням доступом. Сучасний нормативний підхід до визначення сутності інформації з обмеженням доступом є в певній мірі специфічним.

В першу чергу необхідно звернути увагу на те, що термінологічне словосполучення «інформація з обмеженням доступом» знаходить закріплення в частині першій статті 21 Закону України «Про інформацію». При цьому зазначеним нормативним приписом до такої інформації відноситься конфіденційна, таємна та службова інформація.

Водночас положення цього Закону приділяють окрему увагу лише конфіденційній інформації і встановлюють, що такою інформацією є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень¹. Своєю чергою інформа-

¹ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII (в редакції Закону № 2938-VI від 13.01.2011 р.). Відом. Верхов. Ради України. 2011. № 32. Ст. 313 (зі змінами).

цією про особу визнаються відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована (частина перша статті 11 Закону), а до конфіденційної інформації про фізичну особу віднесено, зокрема дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адресу, дату і місце народження (частина друга статті 11 Закону)².

При цьому частина четверта статті 21 зазначеного Закону вказує на відомості, що не можуть бути віднесені до інформації з обмеженим доступом³, тобто до конфіденційної, таємної та службової інформації, що диференціюються Законом.

Такий самий підхід знаходить відображення і в положеннях Закону України «Про доступ до публічної інформації». Диференціюючи інформацію з обмеженим доступом на конфіденційну, таємну та службову (частина перша статті 6), положення зазначеного Закону, зокрема акцентують увагу на порядку обмеження доступу до відповідної інформації, а не на сутності такої інформації, її безпосередньому предметі. Наприклад, конфіденційна інформація визначається, зокрема як інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень (стаття 7 Закону). При цьому Закон також вказує на характер інформації, що унеможливилює її віднесення до конфіденційної (стаття 7, частини перша та друга статті 13 Закону).

Таємна інформація визначається як інформація, доступ до якої обмежується відповідно до частини другої статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації» (інформація, обмеження доступу до якої здійснюється, зокрема в інтересах національної безпеки, для захисту репутації або прав інших людей, тощо) (стаття 8 зазначеного Закону). При цьому інформація, визначена частиною другою статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації», також може бути віднесена до службової⁴.

Поряд із цим, в контексті поділу підходів до конструювання норм-дефініцій на «описовий» або «казуїстичний» та «переліковий» або «екстенсійний»⁵ використаний законодавцем підхід слід визнати фрагментарно комбінованим і при цьому в цілому фрагментарним як за змістом, так і за розташуванням нормативних положень, що визначають характер інформації з обмеженим доступом.

Законодавець практично повністю відмовляється від казуїстичного визначення інформації з обмеженим доступом. Лише в деяких положеннях можна побачити окремі його ознаки. Наприклад, при визначенні нотаріальної таємниці, яка в контексті ст. 8 Закону України «Про доступ до публічної інформації» повинна розглядатись як таємна інформація, законодавець зацентрував увагу і на ознаках такої інформації в контексті способу її створення, і на її предметі (стаття 8 Закону України «Про нотаріат»)⁶. Також за схожим підходом розкривається зміст адвокатської таємниці (стаття 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»)⁷. Однак це лише окремі випадки.

При визначенні службової інформації законодавець використовує переліковий підхід, встановлюючи, відомості про які саме обставини можуть становити службову інформацію. Водночас при визначенні конфіденційної інформації в якості критерію її кваліфікації виступає предмет інформації – особа, тобто конфіденційною є інформація про фізичну особу. Водночас віднесення до конфіденційної інформації про фізичну особу даних про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адресу, дату і місце народження (частина друга статті 11 Закону України «Про інформацію»)⁸ можна розглядати лише як певний орієнтир, однак не вичерпний перелік. При цьому категорія «інформація про фізичну особу» є занадто широкою і, безумовно, потребує конкретизації.

Водночас замість наведення обставин правової реальності, відомості про які становлять інформацію з обмеженим доступом, законодавець навпаки наводить характер інформації, яка не може мати конфіденційного характеру.

Крім того в контексті окресленого слід розуміти, що в даному випадку йдеться про певну юридичну категорію чіткість змісту якої безпосередньо детермінує ефективність практики правореалізації та правозастосування.

Водночас використаний законодавцем підхід значно розширює можливості учасників цивільних правовідносин із саморегулювання останніх, в тому числі в контексті визначення конфіденційної інформації. При цьому в силу імперативності нормативних положень, що визначають характер таємної інформації,

² Там само. Ст. 11.

³ Там само. Ст. 21.

⁴ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. *Відом. Верхов. Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314 (зі змінами).

⁵ Подорожна Т. С. Правила побудови законодавчих дефініцій: логіко-теоретичні закономірності. *Університетські наук. записки*. 2008. № 4 (28). С. 43–44.

⁶ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383 (зі змінами).

⁷ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Відом. Верхов. Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282 (зі змінами).

⁸ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII (в редакції Закону № 2938-VI від 13.01.2011 р.). *Відом. Верхов. Ради України*. 2011. № 32. Ст. 313 (зі змінами).

зокрема лікарської, нотаріальної, банківської, адвокатської тощо таємниць, учасники договірних відносин із забезпечення конфіденційності не можуть відносити відомості про певні обставини правової реальності до таємної інформації. Також в силу характеру правовідносин, які складаються з приводу службової інформації, і у зв'язку з поширенням на них переважно спеціально-дозвільного типу правового регулювання, вбачається, що договір не повинен слугувати правовим засобом визначення інформації, яка має службовий характер.

2. Правовий режим інформації з обмеженим доступом. У нормативних положеннях, що розкривають сутність інформації з обмеженим доступом, досить часто звертається увага на порядку її поширення, хоча сам цей юридичний порядок не завжди висвітлюється у приписах нормативно-правових актів.

Варто визнати, що найбільш чітко визначеним на нормативному рівні є правовий режим інформації, що віднесена до державної таємниці. Відносини, пов'язані з віднесенням інформації до державної таємниці, засекречуванням, розсекречуванням її матеріальних носіїв та охороною державної таємниці з метою захисту національної безпеки України регулюються спеціальним Законом України «Про державну таємницю»¹. Також статтею 61 Закону України «Про банки і банківську діяльність» досить ретельно врегульовано порядок забезпечення банківської таємниці (стаття 61)².

Поряд із цим, порядок використання та поширення, зокрема лікарської таємниці (стаття 40 «Основ законодавства України про охорону здоров'я»³), нотаріальної таємниці (стаття 8 Закону України «Про нотаріат»⁴), адвокатської таємниці (стаття 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»⁵) практично не врегульований законом. Питання у яких конкретно випадках, кому і в якій формі може бути надана відповідна інформація залишаються чітко не розкритими на законодавчому рівні.

При цьому важливим є те, що, наприклад, нотаріус є суб'єктом правозастосування, а тому на нього поширюється спеціально-дозвільний тип правового регулювання, що передбачає його можливість здійснювати лише ті дії, що прямо визначені законом⁶. Це слугує певним «запобіжником» у забезпеченні ним нотаріальної таємниці, адже він може надати відповідну інформацію особам лише у випадку, якщо це визначено законом.

Стосовно ж забезпечення адвокатської таємниці, в умовах дефіциту нормативного матеріалу, договір про забезпечення конфіденційності, що укладається між адвокатом та клієнтом здатен виступити інструментом конкретизації правового режиму відповідної інформації.

Поряд із цим найбільш широко свій потенціал такий договір може розкрити при визначенні правового режиму конфіденційної інформації. Зокрема, абзац другий частини другої статті 21 Закону України «Про інформацію» встановлює, що відносини, пов'язані з правовим режимом конфіденційної інформації, регулюються законом⁷. Поряд із цим положення саме зазначеного Закону не встановлюють конкретні форми обробки та поширення конфіденційної інформації. Крім того, в них знаходять закріплення досить абстрактні категорії на кшталт «суспільна необхідність», «суспільний інтерес» (стаття 29), які виступають підставами для поширення інформації з обмеженим доступом у випадку, коли такий інтерес переважає потенційну шкоду від її поширення (стаття 29). Ця юридична формула є досить абстрактною і виступає передумовою порушення права особи на забезпечення конфіденційності.

У зв'язку з цим договір про конфіденційність може бути використаний для конкретизації правового режиму відповідної інформації, зокрема в частині встановлення порядку створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони та захисту відповідних відомостей.

3. Відповідальність. Питання цивільно-правової відповідальності у сфері забезпечення конфіденційності інформації також розкривається в положеннях чинного цивільного законодавства лише фрагментарно. Зокрема, положення розділу IV Закону України «Про інформацію» містить декларативні норми про те, що за порушення законодавства України про інформацію особа може нести дисциплінарну, цивільно-правову, адміністративну або кримінальну відповідальність (стаття 27), декларують неприпустимість зловживанням правом на інформацію (стаття 28), визначають можливість поширення інформації з об-

¹ Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 р. № 3855-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1994. № 16. Ст. 93 (зі змінами).

² Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. *Відом. Верхов. Ради України*. 2001. № 5–6. Ст. 30 (зі змінами).

³ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19 (зі змінами).

⁴ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383 (зі змінами).

⁵ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Відом. Верхов. Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282 (зі змінами).

⁶ Єфіменко Л. В. Принципи та функції нотаріальної охорони цивільних прав та інтересів. Бюл. М-ва юстиції України. 2013. № 9. С. 39.

⁷ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII (в редакції Закону № 2938-VI від 13.01.2011 р.). *Відом. Верхов. Ради України*. 2011. № 32. Ст. 313 (зі змінами).

меженням доступом з мотивів суспільної необхідності (стаття 29), встановлюють підстави звільнення від відповідальності (стаття 30), а також декларують можливість відшкодування матеріальної та моральної шкоди (стаття 31)⁸.

Конкретні форми порушення правового режиму конфіденційності інформації учасниками цивільних правовідносин, підстави цивільно-правової відповідальності за такі порушення, а також її міри та залишаються нерозкритими. З цього слідує, що ці питання повинні вирішуватись, виходячи із загальних положень чинного цивільного законодавства України про відповідальність, що може створювати складнощі для суб'єктів правозастосування, в тому числі суду, при вирішенні окреслених питань.

Зазначене також демонструє потенціал договору про конфіденційність у регулюванні відповідних цивільних відносин.

Своєю чергою в Законі України «Про доступ до публічної інформації» питанню відповідальності за порушення законодавства про доступ до публічної інформації присвячено лише одну статтю в якій міститься перелік можливих форм таких порушень (стаття 24). В силу специфічної сфери правового регулювання суспільних відносин положеннями цього Закону, такі порушення переважно пов'язуються з ненаданням інформації на запит, невчасним її наданням, неоприлюдненням тощо⁹. Іншими словами, відповідальність в такому ключі пов'язується з незабезпеченням права осіб на одержання публічної інформації, а не навпаки з порушенням режиму її конфіденційності.

В цій частині договір про конфіденційність здатен внести ясність у питання підстав та обсягу відповідальності особи за порушення порядку створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони та захисту інформації з обмеженням доступом.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Здійснений розгляд питання цивільно-правового регулювання відносин, що складаються в інформаційній сфері, зокрема із забезпечення конфіденційності останньої, дає привід стверджувати, що положення чинного цивільного законодавства України, які упорядковують відповідні суспільні зв'язки, характеризуються фрагментарністю. Це значно підвищує потенціал договору про конфіденційність як юридичного інструменту саморегулювання відповідних цивільних відносин.

Однією з базових проблем окресленої сфери виступає певна абстрактність змісту поняття інформації з обмеженням доступом. Диференціюючи таку інформацію на конфіденційну, таємну та службову, законодавець застосовує комбінований підхід. Ознаки відповідної інформації, як правило, не закріплюються. Акцент робиться на переліку відомостей, на які може або ж навпаки не може бути поширений відповідний правовий режим.

Також положення чинного цивільного законодавства України не присвячують належної уваги питанням власне змісту правового режиму інформації з обмеженням доступом та особливостям відповідальності за порушення її конфіденційності. В таких умовах договір про конфіденційність, будучи гнучким засобом правового регулювання, здатен, по-перше, конкретизувати, яка саме інформація про особу має конфіденційний характер; по-друге, конкретизувати правовий режим інформації з обмеженням доступом (конфіденційної, таємної, службової), зокрема порядок її створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони та захисту; по-третє, встановити чіткий юридичний механізм цивільно-правової відповідальності особи за порушення у сфері забезпечення конфіденційності (таємності) відповідної інформації.

Таким чином, договір про конфіденційність здатен заповнити прогалини в механізмі правового регулювання відповідних відносин й створити індивідуальну правову конструкцію суспільних зв'язків, що відповідає потребам та законним інтересам усіх учасників відповідних правовідносин.

Анотація.

Стаття присвячена розгляду основних проблем регулювання відносин із забезпечення конфіденційності за допомогою цивільно-правового договору, а також перспектив використання останнього як правового засобу упорядкування відповідних суспільних зв'язків. Автор розглядає різновиди інформації з обмеженням доступом, а також встановлює здатність договору відносити відомості про обставини правової реальності до інформації з обмеженням доступом. Визначаються можливості та перспективи використання договору як правового засобу визначення змісту правового режиму інформації з обмеженням доступом, а також встановлення порядку відповідальності за порушення такого правового режиму.

Annotation.

The article is devoted to consideration the main problems of regulation of a confidentiality relationships by a civil law contract and the perspectives of such contract usage as legal mean for ordering appropriate social

⁸ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII (в редакції Закону № 2938-VI від 13.01.2011 р.). Відом. Верхов. Ради України. 2011. № 32. Ст. 313 (зі змінами).

⁹ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. Відом. Верхов. Ради України. 2011. № 32. Ст. 314 (зі змінами).

connections. The author researches the kinds of information with limited access and considers the possibility of a contract to be used for definition a data about circumstances of juridical reality as information with limited access. The possibilities and perspectives of usage of the contract as legal mean for definition the content of legal regime of information with limited access and for establishment the rules of responsibility for breaking such regime are considered.

References:

1. Єфіменко Л. В. Принципи та функції нотаріальної охорони цивільних прав та інтересів. *Бюл. М-ва юстиції України*. 2013. № 9. С. 36–43.
2. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19 (зі змінами).
3. Подорожна Т. С. Правила побудови законодавчих дефініцій: логіко-теоретичні закономірності. *Університетські наук. записки*. 2008. № 4 (28). С. 43–46.
4. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Відом. Верхов. Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282 (зі змінами).
5. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. *Відом. Верхов. Ради України*. 2001. № 5–6. Ст. 30 (зі змінами).
6. Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 р. № 3855-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1994. № 16. Ст. 93 (зі змінами).
7. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. *Відом. Верхов. Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314 (зі змінами).
8. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII (в редакції Закону № 2938-VI від 13.01.2011 р.). *Відом. Верхов. Ради України*. 2011. № 32. Ст. 313 (зі змінами).
9. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383 (зі змінами).

Dmytro Yakovlev,

Postgraduate student, Department of Civil Law # 2

Yaroslav Mudryi National Law University,

e-mail: yakovlevcivil@gmail.com;

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9210-3220>

LEGAL CHARACTERISTICS OF THE APARTMENT BUILDING MANAGEMENT AGREEMENT

Правова характеристика договору управління багатоквартирним будинком

Ludmyla Yakovlieva

Keywords:

Legal characteristics, apartment building management agreement, legal regime, apartment building, standard contract, accession contract, fixed-term contract, paid contract, property contract, public contract.

Ключові слова:

Правова характеристика, договір управління багатоквартирним будинком, правовий режим, багатоквартирний будинок, типовий договір, договір приєднання, строковий договір, оплатний договір, майновий договір, публічний договір.

Вступ. Розпочинаючи правову характеристику договору управління багатоквартирним будинком насамперед наголосимо на доцільності її проведення з урахуванням природи та особливостей договору управління майном, різновидом якого є досліджуваний нами договір. Відповідно й в межах цієї статті проаналізуємо досліджуваний договір крізь призму загальноновизнаних класифікацій. Загальновідомо, що дихотомічний спосіб класифікації договорів ґрунтується на двох протилежних за значеннями елементах і передбачає поділ договорів на оплатні – безоплатні, односторонні – двосторонні, строкові – безстрокові, реальні – консенсуальні, підприємницькі – споживчі тощо.

Враховуючи наведене **метою** цієї статті є виокремлення властивих договору управління багатоквартирним будинком ознак, що вказують на його місце в системі цивільно-правових договорів та відповідну його правову характеристику на основі багатоланкової класифікації договорів.

Виклад основного матеріалу. Перш за все зауважимо, що будь-який цивільно-правовий договір, у тому числі й договір управління багатоквартирним будинком, є правочином, на що вказують положення ст. 202 ЦК України. У контексті досліджуваного договору, враховуючи множинність осіб на стороні співвласників багатоквартирного будинку, на перший погляд може видатись, що договір управління багатоквартирним будинком належить до багатосторонніх правочинів. Водночас множинність осіб на стороні співвласників у жодному випадку не вказує на багатосторонню природу договору управління багатоквартирним будинком як правочину, адже скільки б власників не брало участі в укладенні досліджуваного договору, усі вони умовно вважаються одним множинним суб'єктом, який виявляє свою волю на вчинення такого правочину. Отже, з урахуванням вищевказаного, а також з огляду на специфіку суб'єктного складу правовідносин, що опосередковуються договором управління багатоквартирним будинком, робимо висновок про те, що для укладення цього договору необхідною є наявність волевиявлення двох сторін, зокрема, управителя та співвласників багатоквартирного будинку. Тому досліджуваний договір за своєю природою є двостороннім правочином, що характеризується наступними ознаками:

- наявністю суб'єктів цивільних правовідносин, наділених необхідним обсягом дієздатності;
- волевим та правомірним характером дій сторін правочину;
- спрямованістю дій на досягнення правового результату – встановлення правового зв'язку між сторонами;
- вільним характером волевиявлення сторін правочину.

Однією з найбільш поширених характеристик будь-якого цивільно-правового договору є віднесення його до категорій поіменованих чи непоіменованих договорів. Загалом у теорії цивілістики поіменованими договорами вважаються такі договори, модель яких передбачена і закріплена законодавчо¹. Отже, як вбачається, критерієм поділу договорів на поіменовані та непоіменовані є наявність чи відсутність їх законодавчого закріплення. За цим критерієм дослідники відносять договір управління багатоквартир-

¹ Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 396.

ним будинком до категорії непоіменованих. Так, на думку Т. А. Філіппової, при визначенні правової природи даного виду договору слід виходити з того, що у ЦК України він не має спеціальної правової регламентації, тобто є непоіменованим договором¹. Знаходимо й протилежні з цього приводу думки, зокрема, Л. А. Юрьєвої, яка договір управління багатоквартирним будинком кваліфікує як поіменований, оскільки він регламентований законом².

Із зазначеного робимо висновок про те, що питання можливості віднесення договору управління багатоквартирним будинком до категорії поіменованих чи непоіменованих договорів лежить у площині розуміння підстав такого віднесення. Інакше кажучи, в положеннях якого акту правового регулювання повинен бути закріплений досліджуваний договір, щоб уважатись поіменованим? Для відповіді на це запитання, на нашу думку, слід звернутись до положень ЦК України, зокрема, до ч. 1 ст. 6, яка вказує, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Отже, для визнання цивільно-правового договору поіменованим необхідним є його передбаченість актом цивільного законодавства, до яких традиційно відносять ЦК України та закони. Отже, незважаючи на те, що можливість укладення договору управління багатоквартирним будинком визначена не в положеннях ЦК України, а в Законі України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», останній теж є складовою частиною цивільного законодавства, з огляду на що робимо висновок про поіменований характер досліджуваної договірної конструкції.

Залежно від способу завершення укладення правочинів та виникнення у сторін відповідних прав та обов'язків вони поділяються на консенсуальні й реальні. У ЦК України закладені відповідні критерії для такої класифікації правочинів (договорів).

Переважає більшість дослідників правової природи договору управління багатоквартирним будинком, зокрема, О. Б. Козлова³, К. Б. Воронцова⁴, Т. А. Філіппова⁵, вказують на його консенсуальний характер, тобто момент укладення договору обумовлений моментом досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов. Водночас С. С. Мирза зазначає, що договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком є реальним⁶. Проте важливо зауважити, що такий висновок дослідниця зробила на момент відсутності спеціального правового регулювання відносин, що опосередковуються досліджуваною договірною конструкцією, тобто ще до прийняття Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» та Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил надання послуги з управління багатоквартирним будинком та Типового договору про надання послуги з управління багатоквартирним будинком».

Разом з тим, виходячи зі змісту затвердженого Типового договору про надання послуги з управління багатоквартирним будинком, робимо висновок саме про консенсуальний характер досліджуваного договору, адже відповідно до п. 1 вказаного Типового договору управитель не надає, а зобов'язується надавати співвласникам послугу з управління багатоквартирним будинком, і для його укладення необхідним і достатнім є узгодження сторонами всіх його істотних умов. Водночас можемо констатувати відмінність у моментах укладення договору управління майном і договору управління багатоквартирним будинком, з огляду на що прихильники розмежування цих договірних конструкцій стверджують про їх різну правову природу⁷.

Проте, на нашу думку, цей аргумент не є достатнім, адже, як слушно зазначає С. Я. Вавженчук, дихотомічний спосіб класифікації договорів на консенсуальні та реальні є умовним з огляду на те, що низка договорів одного типу або виду можуть бути або реальними, або консенсуальними. Альтернативність вибору ознаки реальності або консенсуальності договору залежить від норми закону і прямо не пов'язана

¹ Мирза С. С. Договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03; НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. К., 2011. С. 80.

² Юрьєва Л. А. Понятие договора управления многоквартирным домом, его место в системе гражданско-правовых договоров. URL: <https://isfic.info/kvarta/avera03.htm> (дата звернення: 23.10.2020).

³ Козлова Е. Б. Договор управления многоквартирным домом: гражданско-правовая природа и место в системе договоров. URL: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_12879863_70984780.pdf (дата звернення: 25.10.2020).

⁴ Воронцова Е. Б. Правовая характеристика договора управления многоквартирным домом. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-harakteristika-dogovora-upravleniya-mnogokvartirnym-domom> (дата звернення: 25.10.2020).

⁵ Филиппова Т. А. Договор управления многоквартирным домом: понятие и общая характеристика. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-upravleniya-mnogokvartirnym-domom-ponyatie-i-obschaya-harakteristika> (дата звернення: 21.10.2020).

⁶ Мирза С. С. Договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03; НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. К., 2011. С. 90.

⁷ Баранова Л. М. Проблеми питання договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком // Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав : матеріали «круглого столу», присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова, м. Харків, 16 груд. 2016 р. Харків, 2017. С. 183.

з волевиявленням сторін договору⁸. Тому вважаємо, що реальний характер договору управління майном у жодному випадку не впливає на можливість визначення договору управління багатоквартирним будинком консенсуальним. При цьому зауважимо, що визнання консенсуальності досліджуваного договору відповідає законодавчому підходу до визначення правової природи договорів про надання послуг в цілому, які за загальним правилом також визнаються консенсуальними (ст. 901 ЦК).

Ще одним традиційним критерієм класифікації цивільно-правових договорів є специфіка змісту діяльності, яку вони регулюють. З огляду на це розрізняють два основні типи договорів – майнові та організаційні. Як зазначає С. М. Бервено, до майнових належать договори, спрямовані на регулювання діяльності осіб із приводу певного майнового блага. Їх відмітна риса полягає в спрямованості на одержання майна або блага, яке досягається виконанням зобов'язання. Специфіка ж організаційних договорів у свою чергу полягає в тому, що вони призначені створювати передумови для наступної підприємницької чи іншої діяльності. До організаційних договорів належать, наприклад, засновницькі (установчі) договори зі створення господарських товариств⁹.

З огляду на вказане, а також враховуючи специфіку конструкції договору управління багатоквартирним будинком, зокрема, виникнення у сторін взаємних зобов'язань майнового характеру (надання послуги з управління об'єктом нерухомого майна та оплата наданих послуг), робимо висновок про майновий характер досліджуваного договору. При цьому, на нашу думку, доцільним є дослідити правовий режим майна, на яке власне й спрямовані дії управителя щодо надання послуги з управління, яким є багатоквартирний будинок.

Продовжуючи дослідження особливостей правової характеристики договору управління багатоквартирним будинком, необхідно, на нашу думку, розглянути його крізь призму такого критерію, як наявність чи відсутність зустрічних зобов'язань сторін договору, адже це дозволить віднести його до категорії оплатних чи безоплатних договорів. В оплатному договорі праву однієї сторони кореспондує обов'язок іншої сторони вчинити певну зустрічну дію. Оплатність цивільно-правового договору означає, що майновому еквіваленту з боку одного контрагента відповідає аналогічне майнове забезпечення з іншого боку¹⁰.

Сама побудова правового взаємозв'язку між сторонами договору управління багатоквартирним будинком свідчить про те, що кожна із його сторін є одночасно і кредитором, і боржником: управитель, який зобов'язаний відповідно до умов договору надати послугу з управління багатоквартирним будинком, водночас має право вимагати від співвласників будинку як контрагентів виконання покладених на них обов'язків – оплати наданих ним послуг. Отже, робимо висновок про оплатний характер договору управління багатоквартирним будинком. При цьому аналіз наукової літератури свідчить про те, що оплатність як одна з характеристик правової природи досліджуваного договору не викликає сумнівів у жодного з її дослідників^{11, 12, 13}.

Окремо доцільно зупинитися на можливості характеристики договору управління багатоквартирним будинком як договору приєднання, виходячи із особливостей укладення цього договору на підставі типового договору. Загалом поняття договору приєднання міститься у ч. 1 ст. 634 ЦК України, відповідно до якої договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору.

Із зазначеного вбачається, що для визнання цивільно-правового договору договором приєднання, необхідними є три умови: 1) умови такого договору повинні бути встановлені виключно однією з його сторін; 2) умови повинні міститися у формулярах або інших стандартних формах. При цьому важливо вказати, що поняття «типовий договір» та «формуляр» – не одне й те саме. Останній, на переконання В. С. Мілаш, є певною сукупністю типових (стандартних) умов договорів, що заздалегідь розробляються для багаторазового застосування як окремими підприємцями, так і національними або міжнародними організаціями¹⁴; 3) друга сторона повинна погодитись на прийняття усіх умов договору в цілому.

⁸ Вавженчук С. Я. До питання класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори // Підприємництво, господарство і право. 2020. № 10. С. 12.

⁹ Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 328.

¹⁰ Васильєва В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2006. С. 204–205.

¹¹ Юрьєва Л. В. Понятие договора управления многоквартирным домом, его место в системе гражданско-правовых договоров. URL: <https://isfic.info/kvarta/avera03.htm> (дата звернення: 23.10.2020).

¹² Мирза С. С. Договор про надання послуг з управління багатоквартирним будинком: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03; НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. К., 2011. С. 131.

¹³ Филиппова Т. А. Договор управления многоквартирным домом: понятие и общая характеристика. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-upravleniya-mnogokvartirnym-domom-ponyatie-i-obshchaya-harakteristika> (дата звернення: 21.10.2020).

¹⁴ Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова. Х.: ХНУМГ, 2014. С. 90.

Такі особливості договору приєднання вказують на різну правову природу договору приєднання та типового договору. По-перше, зміст типового договору затверджується не однією зі сторін договору, а уповноваженим органом державної влади; по-друге, сторони договору, який укладається на підставі типового, не можуть відступати від змісту типового договору, тобто не можуть змінювати його умов; вони вправі їх тільки конкретизувати. Виходячи з порівняльного аналізу, можемо дійти висновку про неможливість отождошення понять «типовий договір» та «договір приєднання» з огляду на їх різну правову природу. Цілком слушною видається позиція В. С. Мілаш, що за своєю суттю договір приєднання взагалі не є договором у його класичному розумінні, адже договір – це завжди домовленість двох або більше сторін. Отже, у цьому випадку йдеться про особливий порядок узгодження договірних умов. Оферент розробляє комплекс стандартних умов, який пропонується іншій стороні для беззастережного приєднання. Тільки з моменту приєднання має місце договір у прямому значенні слова¹.

Отже, той факт, що договір управління багатоквартирним будинком укладається на підставі типового договору, ще не свідчить про безумовну можливість характеристики його як договору приєднання. На нашу думку, досліджуваний договір може бути охарактеризований як договір приєднання за деяких умов: 1) розроблення управителем, який є суб'єктом підприємництва, змісту договору згідно з Типовим договором про надання послуги з управління багатоквартирним будинком; 2) розміщення умов, які складають зміст договору, у формулярі чи іншій стандартній формі; 3) наявність вільного волевиявлення співвласників багатоквартирного будинку, спрямованого на укладення договору управління багатоквартирним будинком шляхом приєднання до усіх визначених у стандартній формі договірних умов. При цьому зазначимо, що у цьому випадку можливість змінити договірні умови, передбачена ч. 2 ст. 634 ЦК України, може бути реалізована співвласниками тільки щодо тих умов, які не передбачені Типовим договором про надання послуги з управління багатоквартирним будинком та додатково включені до змісту договору управління управителем. Проте якщо управителем не розроблені формуляри чи інші стандартні форми договору управління багатоквартирним будинком, і він укладається на основі Типового договору, однак шляхом спільного узгодження сторонами додаткових конкретизованих умов, у цьому випадку досліджуваний договір не носитиме характер договору приєднання.

Як вказують С. М. Бєрвєно та О. В. Дзєра, нині спостерігається тенденція до розширення кола типових договорів, затверджуваних нормативно-правовими актами, їх вже нараховується кілька десятків. І тут необхідно дати певні застереження. По-перше, положення цих договорів не повинні суперечити ЦК України та іншим законам України. По-друге, затверджені нормативними актами типові договори, що мають імперативні приписи, можуть поширюватися лише на ті договори, які є публічними, оскільки в протилежному випадку імперативні приписи будуть вступати в суперечність із принципом свободи договору (ст. 3 ЦК). Типовий договір, затверджений з порушенням цих вимог, має вважатися таким, що суперечить законам України, а відтак не підлягає застосуванню і може бути скасованим відповідно до ст. 21 ЦК України². З огляду на вказане, а також з урахуванням того, що договір управління багатоквартирним будинком укладається згідно з типовим договором, вважаємо за необхідне встановити, чи властива йому ознака публічності.

На думку С. С. Мирзи, договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком може бути публічним. У свою чергу Л. А. Юрьєва зазначає, що договір управління багатоквартирним будинком, не володіючи всіма необхідними ознаками публічного договору, не може бути кваліфікований ні як публічний договір, ні як договір з елементами публічності³. Д. С. Левіна та В. В. Левін також вказують, що досліджуваний договір не є публічним, оскільки в силу закону управитель не зобов'язаний і не може укладати такі договори з кожним, хто до нього звернувся⁴.

З огляду на відсутність серед науковців єдності щодо можливості віднесення договору управління багатоквартирним будинком до категорії публічних договорів спробуємо проаналізувати положення чинного законодавства та сформулювати власну позицію.

Насамперед зазначимо, що для того, щоб визнати той чи інший цивільно-правовий договір публічним, він повинен відповідати низці вимог, визначених у ст. 633 ЦК України. Першою з цих вимог є наявність в однієї зі сторін спеціального правового статусу суб'єкта підприємницької діяльності. З урахуванням

¹ Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекєтова. Х.: ХНУМГ, 2014. С. 91.

² Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. Т. В. Боднар, О. В. Дзєра, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзєри. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 106–107.

³ Юрьєва Л. А. Договор управления многоквартирным домом : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03: Том. гос. ун-т. Томск, 2010. С. 12.

⁴ Левина Д. С., Левин В. В. Договор управления многоквартирным домом как средство охраны жилищных прав граждан // Вопросы российского и международного права. 2019. Том 9. № 4 А. С. 103.

положень п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» робимо висновок, що досліджуваний договір відповідає вказаній вимозі з огляду на те, що управителем за договором управління багатоквартирним будинком є фізична особа – підприємець або юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності.

Наступною умовою є специфіка предмету публічного договору, яким є діяльність підприємця із продажу товарів, виконання робіт або надання послуг. Враховуючи висновок про належність договору управління багатоквартирним будинком до типу договорів про надання послуг, слід зауважити, що предмет досліджуваного договору корелює із законодавчою вимогою щодо предмету публічного договору.

Наступною ознакою публічного договору є діяльність підприємця, у результаті якої в нього виникає обов'язок укласти публічний договір. Якщо перевести вказане у площину досліджуваного договору, то вбачається, що діяльність управителя щодо надання послуги з управління багатоквартирним будинком є професійною, а отже – й систематичною, і саме ознаки професійності та систематичності є тими каталізаторами, які визначають здатність та водночас обов'язок управителя як суб'єкта підприємництва надавати послугу з управління багатоквартирним будинком кожному, хто до нього звернеться.

Отже, з урахуванням вищевказаного, робимо висновок про публічний характер договору управління багатоквартирним будинком з огляду на: а) наявність в управителя спеціального правового статусу суб'єкта підприємницької діяльності; б) специфіку предмету договору, яким є діяльність щодо надання послуги з управління багатоквартирним будинком; в) професійність та систематичність діяльності управителя, які обумовлюють його здатність та водночас обов'язок надавати послугу з управління багатоквартирним будинком кожному, хто до нього звернеться.

Завершуючи дослідження юридичної природи договору управління багатоквартирним будинком, насамкінець зазначимо, що йому властивий строковий характер, який впливає з положень ч. 6 ст. 11 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку». Так, договір з управителем укладається строком на один рік. Якщо за один місяць до закінчення зазначеного строку жодна із сторін не повідомить письмово іншу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на наступний однорічний строк.

Висновок. Отже, на підставі проведеного дослідження юридичної природи договору управління багатоквартирним будинком можемо визначити його як двосторонній, поіменований, консенсуальний, майновий, оплатний, такий, що укладається згідно з типовим договором, публічний та строковий. При цьому обґрунтовано можливість визнання досліджуваного договору договором приєднання за таких умов: 1) розроблення управителем, який є суб'єктом підприємництва, змісту договору згідно з Типовим договором про надання послуги з управління багатоквартирним будинком; 2) розміщення умов, які складають зміст договору, у формулярі чи іншій стандартній формі; 3) наявність вільного волевиявлення співвласників багатоквартирного будинку, спрямованого на укладення договору управління багатоквартирним будинком шляхом приєднання до усіх визначених у стандартній формі договірних умов.

Анотація.

У статті акцентовано увагу на характеристиці договору управління багатоквартирним будинком. Визначено його як двосторонній, поіменований, консенсуальний, майновий, оплатний, такий, що укладається згідно з типовим договором, публічний та строковий договір. Встановлено, що множинність осіб на стороні співвласників у жодному випадку не вказує на багатосторонню природу договору управління багатоквартирним будинком як правочину, адже скільки б власників не брало участі в укладенні досліджуваного договору, усі вони умовно вважаються одним множинним суб'єктом, який виявляє свою волю на вчинення такого правочину. Зроблено висновок про майновий характер досліджуваного договору. При цьому досліджено правовий режим майна, на яке власне й спрямовані дії управителя щодо надання послуги з управління, яким є багатоквартирний будинок. Обґрунтовано можливість визнання досліджуваного договору договором приєднання за таких умов: 1) розроблення управителем, який є суб'єктом підприємництва, змісту договору згідно з Типовим договором про надання послуги з управління багатоквартирним будинком; 2) розміщення умов, які складають зміст договору, у формулярі чи іншій стандартній формі; 3) наявність вільного волевиявлення співвласників багатоквартирного будинку, спрямованого на укладення договору управління багатоквартирним будинком шляхом приєднання до усіх визначених у стандартній формі договірних умов.

Summary.

The article focuses on the characteristics of the apartment building management agreement. It is defined as a bilateral, named, consensual, property, paid, concluded in accordance with a standard contract, public and fixed-term contract. It is established that the plurality of persons on the side of the co-owners in no way indicates

the multilateral nature of the apartment building management agreement as a transaction, because no matter how many owners participate in the agreement, they are all conditionally considered one multiple entity who expresses the will to commit such a transaction. The conclusion about property nature of the investigated contract is made. At the same time, the author pays attention to the study of the legal regime of the property, to which the actions of the manager regarding the management service, that is an apartment building, are actually directed. The possibility of recognizing the researched agreement as an accession agreement under the following conditions is substantiated: 1) development by the manager, who is a business entity, of the content of the agreement in accordance with the Standard agreement on apartment building management service; 2) placement of the conditions that make up the content of the contract in standard form; 3) the presence of free will of the co-owners of an apartment building, aimed at concluding a contract for the management of an apartment building by joining all the contractual conditions specified in the standard form.

References:

1. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
2. Мирза С. С. Договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03; НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. К., 2011. 198 с.
3. Юрьева Л. А. Понятие договора управления многоквартирным домом, его место в системе гражданско-правовых договоров. URL: <https://isfic.info/kvarta/avera03.htm> (дата звернення: 23.10.2020).
4. Козлова Е. Б. Договор управления многоквартирным домом: гражданско-правовая природа и место в системе договоров. URL: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_12879863_70984780.pdf (дата звернення: 25.10.2020).
5. Воронцова Е. Б. Правовая характеристика договора управления многоквартирным домом. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-harakteristika-dogovora-upravleniya-mnogokvartirnym-domom> (дата звернення: 25.10.2020).
6. Филиппова Т. А. Договор управления многоквартирным домом: понятие и общая характеристика. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-upravleniya-mnogokvartirnym-domom-ponyatie-i-obschaya-harakteristika> (дата звернення: 21.10.2020).
7. Баранова Л. М. Проблемні питання договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком // Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав : матеріали «круглого столу», присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова, м. Харків, 16 груд. 2016 р. Харків, 2017. С. 182–185.
8. Вавженчук С. Я. До питання класифікації договорів на консенсуальні та реальні договори // Підприємництво, господарство і право. 2020. № 10. С. 11–15.
9. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
10. Васильєва В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2006. 345 с.
11. Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова. Х.: ХНУМГ, 2014. 227 с.
12. Юрьева Л. А. Договор управления многоквартирным домом : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03: Том. гос. ун-т. Томск, 2010. 25 с.
13. Левина Д. С., Левин В. В. Договор управления многоквартирным домом как средство охраны жилищных прав граждан // Вопросы российского и международного права. 2019. Том 9. № 4 А. С. 101–107.

PUNISHMENT FOR CRIMES AGAINST BASES OF NATIONAL SAFETY IN THE SEPARATE COUNTRIES OF EUROPE (ON THE EXAMPLE OF AUSTRIA AND SPAIN)

Покарання за злочини проти основ національної безпеки в окремих країнах Європи (на прикладі Австрії та Іспанії)

Igor Yena

Keywords:

punishment, national safety, crimes against the state, comparatively-legal analysis.

Ключові слова:

покарання, національна безпека, злочини проти держави, порівняльно-правовий аналіз.

Представлене наукове дослідження присвячено порівняльно-правовому аналізу правової регламентації покарання за вчинення злочинів проти основ національної безпеки в Україні та країнах Європи. Порівняльно-правові дослідження такого роду сприяють їх глибині, значущості для сучасної науки та обумовлюють підвалини для запозичення позитивного досвіду нормотворення та правозастосування країн Європи. Так, Є. С. Назимко зазначає, що базисом компаративної техніки є твердження про можливість запозичення більш якісних юридичних норм у правові реалії певної держави, суспільства. Застосування методу компаративістики загалом має бути спрямоване на те, щоб більш ефективні правові норми і рішення продовжували діяти та запозичувались іншими державами, а менш ефективні зникали шляхом їх усунення або вдосконалення¹. Тому й у сфері юриспруденції порівняльні (порівняльно-правові) дослідження стали сьогодні чи не обов'язковим засобом пізнання більшості питань права.

Щодо предмету представленого дослідження, звернемо увагу також на те, що національна (державна) безпека є цінністю універсальною, такою, що охороняється з тим чи іншим ступенем ретельності у будь-якій країні світу. Так, О. А. Чуваков слушно підкреслює, що «забезпечення і збереження стану безпеки є одним з основних завдань держави і суспільства, бо без забезпечення безпеки неможливо нормальне функціонування будь-якого суспільства, будь-якої держави²». У зв'язку із цим можемо припустити, що засоби забезпечення кримінально-правової охорони національної (державної) безпеки, у тому числі і кримінально-правові санкції за злочини, що посягають на неї, наявні у кримінальному законодавстві всіх країн світу.

На користь гіпотези про можливість проведення порівняльно-правового дослідження караності злочинів проти основ національної безпеки свідчить, на нашу думку, й те, що санкція й визначені нею кримінальні покарання – обов'язковий елемент всіх заборонних кримінально-правових норм у всіх законах держав світу. Це, на нашу думку, може дозволити провести достатньо адекватне порівняльне наукове дослідження санкцій ст.ст. 109–114-1 КК України, зіставивши їх при цьому із санкціями за злочини проти основ національної безпеки за законодавством зарубіжних держав. При цьому слід мати на увазі, що у законах різних країн їх позначено різними поняттями – так, у країнах континентальної Європи вони мають назви «злочини проти держави» (КК Латвії, КК Білорусі, КК Естонії) та «злочини проти Республіки» (КК Болгарії) «злочини проти незалежності держави, територіальної цілісності і конституційного ладу» (КК Литви), «злочини проти конституційного ладу і глави держави» та «злочини проти незалежності і безпеки держави» (КК Норвегії), «злочини проти публічної влади і безпеки держави» (КК Молдови), «злочини проти Республіки Польща» та «злочини проти обороноздатності» (КК Польщі), «злочини і проступки проти держави і оборони країни» (КК Швейцарії), «злочинні діяння проти основоположних інтересів нації» (КК Франції) тощо. З цілями узагальнення термінології в цій частині до

¹ Назимко Є. С. Мета та методика компаративістського дослідження інституту покарання неповнолітніх у кримінальному праві України // Вісник Асоціації кримінального права України, 2014, № 2(3) – С. 98.

² Чуваков О. А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики: монографія. Одеса: Фенікс, 2017. С. 8.

слідження ми використовуватимемо запропонований М. І. Хавронюком термін «злочинні діяння проти безпеки держави»¹.

У представленому дослідженні мова ітиме про правове порівняння санкцій ст.ст. 109–114-1 КК України із санкціями за аналогічні (чи подібні) злочини, передбачені кримінально-правовими актами деяких зарубіжних держав Європи (Австрія, Іспанія).

Слід зазначити, що на теренах України, окремі криміналісти розглядали порівняльно-правові аспекти кримінальної відповідальності за вчинення окремих злочинів проти основ національної безпеки або певних груп таких злочинів. Водночас, слід помітити, що у більшості таких робіт порівняльний аналіз караності не проводився або проводився у обмеженому обсязі, що частково підтверджує висновок М. І. Хавронюка, яки зазначив, що «злочини проти безпеки держави у компаративному аспекті українськими вченими не досліджувалися»². Так, у докторській дисертації українського дослідника О. А. Чувакова «Кримінально-правова протидія злочинам проти основ національної безпеки України: теорія і практика» та монографії цього ж автора «Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики» компаративно-правовий аналіз не проводився³. У дисертаційному дослідженні І. В. Діордіци «Кримінально-правова відповідальність за дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади»⁴ компаративна частина також відсутня. У кандидатській дисертації Л.В.Мошняги «Кримінальна відповідальність за злочини проти конституційних основ національної безпеки України» порівняльно-правовому аналізу присвячено окремий підрозділ, але у ньому розглядаються лише особливості формулювання складів відповідних злочинів у диспозиціях тих чи інших кримінально-правових норм іноземного законодавства; у той же час як питання караності таких злочинів в ній не аналізуються.⁵ У дисертації О.В. Сотули «Кримінальна відповідальність за посягання на життя державного чи громадського діяча» питанням кримінального законодавства закордонних країн про вказаний злочин присвячено окремий розділ. Втім, питання караності цього злочину зазначений автор розглянув лише щодо федерального кримінального законодавства США, не розглядаючи при цьому законодавство країн Європи.⁶ У дисертаційному дослідженні П. В. Ясиновського «Кримінальна відповідальність за перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань» під час розгляду «найновішого» виду серед злочинів проти основ національної безпеки (ст. 114-1 КК України) вказаний автор виділив лише особливості караності подібних злочинів за іноземним кримінально-правовим актами.⁷

Не спростовуючи внесок вказаних авторів у дослідження окремих питань охорони національної безпеки, слід зазначити, що багато питань залишилися поза їх увагою, в тому числі і питання компаративного аналізу.

У порівняльно-правовому дослідженні покарання за злочини проти держави доводиться зважати на те, що в світі існують різні типи кримінально-правових систем, які формувалися у різних умовах історичного розвитку, а тому в них домінують певні ідеї, які відрізняють одну систему від іншої: система загального права, континентального права, релігійного права, звичаєвого права, общинного права.⁸ Слід зазначити, що кримінально-правова система України належить до континентальної системи (сім'ї) – до її «східної»

¹ Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія. К. : Юрисконсульт, 2006. С. 826.

² Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія. К. : Юрисконсульт, 2006. С. 826.

³ Чуваков О. А. Кримінально-правова протидія злочинам проти основ національної безпеки України: теорія і практика : Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. – Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київ, 2017. 468 с.; Чуваков О. А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики: монографія. Одеса: Фенікс, 2017. 362 с.

⁴ Діордіца І. В. Кримінально-правова відповідальність за дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади : дис. к.ю.н. К., Київський Міжнародний Університет, 2008. 215 с.

⁵ Мошняга Л. В. Кримінальна відповідальність за злочини проти конституційних основ національної безпеки України : дис. К.ю.н. ХНУВС, Харків, 2011. С. 34-67.

⁶ Сотула О.С. Кримінальна відповідальність за посягання на життя державного чи громадського діяча : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право. – Національний університет внутрішніх справ, м. Харків, 2003 р. С. 143–153.

⁷ Ясиновський П. В. Кримінальна відповідальність за перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань : дис. к.ю.н., 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право – Харків: Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, 2018. С. 43–54.

⁸ Есаков Г. А., Крылова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право зарубежных стран. М. Проспект, 2009. С. 19-21.

гілки До якої належать, зокрема, кримінально-правові системи Австрії, Франції, Німеччини, Швейцарії, Іспанії,⁹.

Зазначені міркування визначили підхід до вибірки й порівняльного аналізу санкцій кримінально-правових актів деяких країн Європи (Австрії, Іспанії).

Об'єктами нашого порівняльного аналізу були обрані лише передбачені іноземними КК злочини, подібні до таких злочинів, як: а) дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, а також змова про вчинення таких дій (ч. 1 ст. 109 КК України), які караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої; б) публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій (ч. 2 ст. 109 КК), які караються обмеженням волі на строк до трьох років або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої; в) зазначені вище дії, вчинені особою, яка є представником влади, або повторно, або організованою групою, або з використанням засобів масової інформації (ч. 3 ст. 109 КК), які караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк з конфіскацією майна або без такої; г) умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій (ч. 1 ст. 110 КК), які караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з конфіскацією майна або без такої; г) ті самі дії, вчинені особою, яка є представником влади, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі (ч. 2 ст. 110 КК), які караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої; д) ті самі дії, які призвели до загибелі людей або інших тяжких наслідків (ч. 3 ст. 110 КК), які караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі з конфіскацією майна або без такої; е) фінансування дій, вчинених з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України (ч. 1 ст. 110-2 КК), яке карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до двох років та з конфіскацією майна; є) фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади (ч. 2 ст. 110-2 КК), що карається позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до двох років та з конфіскацією майна; ж) дії, передбачені ч.ч. 1 чи 2 ст. 110-2 КК, вчинені повторно або з корисливих мотивів, або за попередньою змовою групою осіб, або у великому розмірі, або якщо вони призвели до заподіяння значної майнової шкоди (ч. 3 ст. 110-2 КК), що карається позбавленням волі на строк від шести до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна; з) дії, передбачені ч.ч. 1 чи 2 ст. 110-2 КК, вчинені організованою групою чи в особливо великому розмірі, або якщо вони призвели до інших тяжких наслідків (ч. 4 ст. 110-2 КК), що карається позбавленням волі на строк від восьми до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна; и) державна зрада, тобто діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України (ст. 111 КК), яка карається позбавленням волі на строк від дванадцяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої; і) посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112 КК), яке карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі з конфіскацією майна або без такої; к) вчинення з метою ослаблення держави вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю, на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, а також вчинення з тією самою метою дій, спрямованих на радіоактивне забруднення, масове отруєння, поширення епідемій, епізоотій чи епіфітотій (ст. 113 КК), яке карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої; л) передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю, якщо ці дії вчинені іноземцем або особою без громадянства (ст. 114 КК), що карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої; м) перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань в особливий період (114-1 КК), яке карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років, а якщо воно призвело до загибелі людей або інших тяжких наслідків, – позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

Навівши злочини проти основ національної безпеки України та санкції за їх вчинення, проведемо їх порівняльний аналіз із законодавством Австрії. Так, У КК цієї країни подібними до положень Розділу I Осо-

⁹ Яценко С. С. Основні питання загальної частини кримінального права іноземних держав : навч. посіб. К. : Дакор, 2013. С. 5.

бливої частини КК України є приписи, розміщені у розділі 14 «Державна зрада й інші посягання на інтереси держави», розділі 15 «Посягання на вищі органи державної влади», розділ 16 «Зрада Батьківщини»¹.

Ознаки державної зради за КК Австрійської республіки (§§ 242–245), є ближчими не до ст. 111 КК України, а до його ст.ст. 109, 110 КК, тому порівнюватися будуть санкції саме цих статей. Склад державної зради в австрійському КК охоплює застосування сили або погрози силою для спроби змінити Конституції держави чи однієї з федеральних земель Австрійської республіки, або відділити від Австрії належну їй територію. Покаранням за це є позбавлення волі на строк від 10 до 20 років. Як бачимо, злочин карається значно суворіше, ніж більшість форм такого злочину, передбаченого ст.ст. 109, 110 КК.

Особливістю караності цього злочину за КК Австріє є:

а) встановлення кримінальної відповідальності за готування до державної зради (змова на вчинення державної зради, підготовка до неї, в тому числі у співробітництві з іноземною державою) в окремій нормі Особливої частини КК (§ 244) зі встановленням покарання у виді позбавлення волі на строк від одного року до десяти років; б) звільнення від покарання виконавця злочину за добровільну відмову від злочину, попередження його, або, при груповій формі вчинення злочину, відвернення його злочинного результату; в) відсутність кваліфікованих складів злочину із встановленням підвищеної караності за наявності ознак, наявних в такому складі.

До дій, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади злочину, передбаченого ст. 109 КК України, є подібним й передбачені у австрійському КК насильство й небезпечна погроза щодо Федерального Президента з метою припинення виконання ним обов'язків чи їх зміни (§ 249), примушування, із застосуванням сили чи загрози нею, вищі федеральні органи законодавчої чи судової влади, до невиконання своїх повноважень чи до їх зміни (§ 250), що карається позбавленням волі на строк від 1 року до 10 років. Згідно із § 251 КК Австрії дещо менш суворо – позбавленням волі на строк від 6 місяців до 5 років, – караються аналогічні дії, вчинені щодо окремих вищих посадових осіб держави (членів конституційного представницького органу, уряду, Верховного суду тощо). При цьому караність посилюється (позбавлення волі від 1 до 10 років) при вчиненні тяжкого примушування.

Привертає увагу диференціація австрійським законодавцем кримінальної відповідальності шляхом встановлення різних меж караності насильницької зміни державної влади при впливі на посадових осіб різного рангу.

На відміну від КК України, в КК Австрії не диференційовано караність умисного розголошення державної таємниці залежно від ознак суб'єкта злочину (громадянина держави або іноземного громадянина). Згідно з § 252 цього закону такі діяння караються позбавленням волі на строк від 1 року до 10 років. Утримування або збирання державної таємниці з метою передачі її іноземній державі, наддержавному чи міжнародному об'єднанню і заподіяння шкоди Австрійській республіці (§ 254) карається позбавленням волі на строк від 6 місяців до 5 років.

Далі, проаналізуємо законодавство Іспанії. КК цієї країни також містить покарання низку злочинів, подібних до посягань на основи національної безпеки. Їх передбачає Розділ XXI «Злочин проти Конституції» цього закону, котрий містить глави «Повстання», «Злочини проти корони», «Злочини, що посягають на устрій держави і розподіл влади», а також Розділ XXIII «Про зраду і злочини проти миру й незалежності держави, і злочинах, пов'язаних із національною безпекою», який охоплює глави «Про зраду» і «Злочини проти миру та незалежності держави»².

Ретельну регламентацію кримінальної відповідальності й караності за дії, подібні до передбачених ст.ст. 109, 110 КК України містять норми (ст. 473 КК Іспанії) про повстання (заколот з метою змінити Конституцію, відсторонити чи примусити до певних дій керівників держави, перешкодити вільним виборам, розпустити законодавчі органи, оголосити незалежність певної державної території тощо). Особливості покарання за цей злочин полягають в такому:

- а) санкції досить зрозуміло диференційовані залежно від характеру й ступеню участі винного у злочині. Так, підбурювачі й основні керівники караються ув'язненням на строк від 15 до 25 років з позбавленням обіймати відповідні посади на такий же строк; другорядні керівники – ув'язненням на строк від 10 до 15 років з позбавленням обіймати відповідні посади на такий же строк; прості виконавці – ув'язненням на строк від 5 до 10 років з позбавленням обіймати відповідні посади на такий же строк. Привертає увагу досить чіткий і зрозумілий розподіл меж караності для різних видів співучасників цього злочину: підвищення нижньої й верхньої меж покарання у 1,5 або 2 рази при зміні ролі особи у більш небезпечний вид співучасника;
- б) пропорційне виконуваний ролі збільшення покарання передбачається у разі заподіяння злочином тяжкої шкоди (25–30 років для перших, 15–25 років для других, 10–15 років для третіх);
- в) встановлення покарання за готування до повстання (схилення до нього, змова, пропозиція його вчинити) в окремій нормі (ст. 477 КК Іспанії): вчинення цієї стадії карається визнанням невідповід-

¹ Уголовный кодекс Австрии. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 278–290.

² Уголовный кодекс Испании. М. : Зерцало, 1998. С. 148–180.

ності посаді і ув'язненню на 1, 2 чи 3 ступня нижче, аніж передбачене за відповідний закінчений злочин;

- г) встановлення додатково для представників влади, які вчинили дії, що полягають в повстанні, позбавлення права обіймати певні посади на строк від 15 до 20 років – покарання, яке в їхній системі за КК Іспанії (ст. 33) перебуває в класі суворих³;
- д) звільнення від покарання учасника повстання, який своєчасно (коли є можливість відвернути повстання) повідомить про нього владу (ст. 480 КК Іспанії);
- е) гарантоване пом'якшення покарання (воно призначається на один ступінь менше) простим виконавцям, які складуть зброю і підкоряться законній владі, а також учасникам повстання, які само розпускаються чи підкоряться вимогам влади.

За посягання на життя вищих представників іспанської державної влади (монарха, принца, регента тощо) ст. 485 КК Іспанії передбачає позбавлення волі на строк від 20 до 25 років (від 25 до 30 років – за наявності обтяжуючих обставин), за заподіяння шкоди їх здоров'ю (ст. 486 цього КК) – на строк від 8 до 15 років (залежно від тяжкості ушкодження), і таке ж покарання – за позбавлення їх волі (ст. 487 КК Іспанії). Одним із правил цього кодексу є передбачення окремою нормою обов'язкового зниження на один чи два ступені покарання за незакінчений злочин (ч. 2 ст. 485, ст. 488 КК).

За дії, подібні до передбаченої в КК України державної зради (сприяння іспанцем вторгненню ворога в Іспанію, захоплення військових об'єктів, схилення іспанських військ до переходу на бік ворога, поставання зброї чи людей для війни іноземної держави з Іспанією), згідно зі ст.ст. 582, 583 КК Іспанії караються ув'язненням від 12 до 20 років із обов'язковим підвищенням покарання організатору злочину. За державну зраду у формі збирання й передачі секретної інформації призначається менш суворе покарання (ув'язнення від 6 до 12 років). Привертає увагу, що у випадку вчинення аналогічних злочинів не іспанцем, а іноземцем, закон передбачає обов'язкове пом'якшення (пониження) покарання (ст. 586).

Проведений порівняльно-правовий аналіз надає досить багато матеріалу для оцінки сучасної політики пеналізації злочинів проти безпеки держави в європейських країнах й в Україні.

Анотація.

В статті проведено порівняльно-правовий аналіз законодавства України, Австрії та Іспанії щодо встановлення кримінальної відповідальності за злочини проти основ національної безпеки (держави).

Abstract.

The article provides a comparative legal analysis of the legislation of Ukraine, Austria and Spain on the establishment of criminal liability for crimes against the foundations of national security (state).

References:

1. Діордіца І. В. Кримінально-правова відповідальність за дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади : дис. К.ю.н. К., Київський Міжнародний Університет, 2008. 215 с.
2. Есаков Г. А., Крылова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право зарубежных стран. М. Проспект, 2009. 336с.
3. Мошняга Л. В. Кримінальна відповідальність за злочини проти конституційних основ національної безпеки України: дис. к.ю.н. ХНУВС, Харків, 2011. 226 с.
4. Назимко Є. С. Мета та методика компаративістського дослідження інституту покарання неповнолітніх у кримінальному праві України // Вісник Асоціації кримінального права України, 2014, № 2(3) – С. 88-98.
5. Сотула О.С. Кримінальна відповідальність за посягання на життя державного чи громадського діяча : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право. – Національний університет внутрішніх справ, м. Харків, 2003 р. – 201 с.
6. Уголовный кодекс Австрии. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004.352 с.
7. Уголовный кодекс Испании. – М. : Зерцало, 1998. 218 с.
8. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. К. : Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
9. Чуваков О. А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики: монографія. Одеса: Фенікс, 2017. 362 с.
10. Чуваков О. А. Кримінально-правова протидія злочинам проти основ національної безпеки України: теорія і практика : Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08

³ Уголовный кодекс Испании. М. : Зерцало, 1998. С. 21.

– кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. – Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Київ, 2017. 468 с.;

11. Ясиновський П. В. Кримінальна відповідальність за перешкодження законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань: дис. К.ю.н., 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право – Харків: Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, 2018, 234 с.

12. Яценко С. С. Основні питання загальної частини кримінального права іноземних держав : навч. посіб. К. : Дакор, 2013. 168 с.

Igor Yena,

*postgraduate student of the criminal law disciplines department
Kharkiv national pedagogical university named after G.Skovoroda*

THE RIGHT FOR SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL IMMUNITY AS AN ELEMENT OF VIOLENT SEXUAL CRIME

Право на статеву недоторканість та статеву недоторканість як ознака насильницьких статевих злочинів

Rymma Yurchenko

Key words:

violent sexual crime; criminal responsibility; criminal offence; sexual freedom; sexual immunity.

Ключові слова:

насильницький статевий злочин; кримінальна відповідальність; кримінальне правопорушення, статевая свобода; статевая недоторканість.

Постановка проблеми. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи залишаються не тільки латентними, а й мають стійку динаміку щодо їх вчинення у загальній кількості насильницьких злочинів проти особи. Вчинення насильницьких статевих злочинів викликає значний резонанс у суспільстві. Це пов'язано з тим, що насильницькі статеві злочини є складною проблемою для будь-якої держави, адже вчинення та розповсюдження таких злочинів порушує одну з найбільш важливих сфер суспільних відносин – сімейну, що дозволяє людям спільно проживати разом і продовжувати своє покоління. Саме тому важливе значення для ефективної протидії насильницьким статевим злочинам має визначення ознак цих злочинів.

Стан дослідження. Питання насильницької злочинності, у тому числі й насильницьких статевих злочинів, досліджувались у роботах українських та зарубіжних вчених-кримінологів, серед яких Ю. Антонян, Л. Брич, Л. Гаухман, О. Герцензон, І. Даншин, О. Джужа, А. Долгова, О. Дудоров, А. Зелінський, М. Коржанський, О. Ігнатов та ін.

Метою статті є віднесення права на статеву свободу до ознак насильницьких статевих злочинів.

Виклад основного матеріалу. У цивілізованій незалежній демократичній правовій державі кожна особа має право на захист своїх прав і свобод, а, особливо, повнолітня і психічно здорова особа – право самостійно обирати собі партнера для статевих зносин і не допускати будь-якого примусу у сфері статевих спілкування. Особливо відповідальне ставлення держави і суспільства спостерігається до захисту статевої недоторканості особи, яка не досягла статевої зрілості або через суб'єктивні чи об'єктивні чинники не володіє статевою свободою.

Слід відзначити, що серед вчених не існує єдиної точки зору стосовно віднесення деяких складів злочинів до насильницьких або до ненасильницьких злочинів. Що ж стосується насильницьких статевих злочинів, то більшість дослідників дотримується точки зору, що під ними слід розуміти сукупність суспільно небезпечних діянь, спрямованих проти статевої свободи та статевої недоторканості людини. Ці злочини порушують установлений законодавством порядок вільних статевих зносин осіб між собою і характеризуються значними негативними психологічними наслідками для потерпілих від статевого насильства осіб. Разом з тим, А. Журавльов відзначає, що під насильницькими статевими злочинами необхідно розуміти злочини, вчинені шляхом здійснення статевого акту або задоволення статевої пристрасті проти волі потерпілого, із застосуванням фізичного або психічного насильства або з використанням безпомічного стану потерпілого¹.

Враховуючи зміни, які було внесено у КК України протягом останніх чотирьох років, що потягло за собою зміни до традиційного підходу до поняття зґвалтування; розширення форм вчинення примушування до вступу в статевий зв'язок; зміну редакції ст. 153, яка тепер встановлює відповідальність за сексуальне насильство з врахуванням положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству 2011 р. (Стамбульська конвенція); запровадження відповідальності за вступ у добровільні статеві зносини з неповнолітньою особою; розширення змісту кваліфікуючих ознак розбещення неповнолітніх, це викликає необхідність переосмислити підхід до поняття насильницького статевого злочину.

¹ Журавльов А. О. Класифікація статевих злочинів. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2013. №3. С. 30

Ми вважаємо, що під насильницькими статевими злочинами слід розуміти злочини, які посягають на статеву свободу та статеву недоторканість, завдаючи фізичного та/або психічного насильства потерпілому (потерпілим) та тягнуть за собою настання тяжких наслідків для життя, здоров'я, честі та гідності особи, а також нормальному фізичному, психічному та соціальному розвитку малолітнього (неповнолітнього). Виходячи із цього, вважаємо, що серед передбачених Розділом IV Особливої частини КК України складів кримінальних правопорушень, до насильницьких статевих злочинів ми вважаємо за необхідне відносити такі як зґвалтування (ст. 152), сексуальне насильство (ст. 153) та примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154).

Досліджуючи насильницькі статеві злочини, необхідно визначити ознаки насильства. Найбільш вдалим, на наш погляд, є визначення та ознаки насильства, запропоноване Л. Аларкон. Вчений вважає: «Насильство – це дії, які здійснюються одним (чи декількома особами), що характеризуються такими ознаками: 1) відбуваються навмисно, спрямовані на досягнення визначеної мети; 2) завдають шкоди (фізичної, моральної, матеріальної тощо) іншій особі; 3) порушують права і свободи людини; 4) той, хто чинить насильство, має значні переваги (фізичні, психологічні, адміністративні тощо), що унеможлиблює ефективний самозахист жертви від насильства»¹.

Виходячи із запропонованими нами визначення, враховуючи ознаки насильства, зазначені Л. Аларконом, ми вважаємо, що насильницькі статеві злочини відповідають цим ознакам. Тому ми вважаємо за необхідне зупинитися більш детально на такій ознаці насильства як порушення прав і свобод людини.

Можна констатувати, що у більшості вітчизняних досліджень, присвячених кримінально-правовій характеристиці кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, родовим об'єктом цієї групи є статевая свобода та статевая недоторканість. Саме за цими статевими відносинами досліджувані насильницькі статеві злочини об'єднані у Розділ IV Особливої частини КК України. Деякі дослідники пропонують вважати, що «статевая свобода та статевая недоторканість» є системою тотожних, однорідних, взаємопов'язаних і взаємообумовлених груп суспільних відносин, що охороняються нормами Розділу IV Особливої частини КК та виступають родовим об'єктом статевих злочинів².

Аналіз наукової літератури з досліджень статевих злочинів взагалі та насильницьких статевих злочинів, зокрема, дозволяє відзначити, що найбільш дискусійними серед вчених залишаються питання щодо тлумачення понять «статевая свобода» та «статевая недоторканість», встановлення їх співвідношення між собою.

Так, наприклад, О. Дудоров розуміє статеву свободу як право повнолітньої психічно нормальної особи самостійно обирати собі партнера для статевих зносин і не допускати у сфері статевого спілкування будь-якого примусу³. Л. Дорош визначає статеву свободу як право особи на самовизначення у сфері статевих відносин – реальну можливість особи вступати у добровільне статеве спілкування з обраним партнером у будь-якій час та у будь-якій сексуально прийнятній формі за умови, що воно не суперечить нормативно-правовим приписам щодо охорони особи та громадського порядку⁴.

Г. Мартинишин вважає, що статевая свобода:

- є природним правом жінки або чоловіка, які досягли повноліття;
- передбачає статеві зносини за обоюсторонньою згодою партнерів (добровільне, без примусу, без насилля);
- немає обмежень щодо статі партнера та форм задоволення статевої пристрасті;
- не повинна порушувати законні права й інтереси інших осіб, держави та суспільства⁵.

Таким чином, виходячи із наведених нами вище визначень «статевої свободи», можна вважати, що у кримінально-правовій літературі не існує єдиного підходу щодо тлумачення поняття «статевая свобода», що дозволяє виділити декілька основних підходів. Зокрема, на погляд однієї групи вчених, статевая свобода зводиться до пасивного права не зазнавати щодо себе будь-якого примусу, насильства у статевій сфері^{6, 7}.

⁸. Інші дослідники акцентують увагу на можливості самовизначення суб'єкта у сфері статевого спілкування,

¹ Максимова Н. Ю., Мілютіна К. Л. Соціально-психологічний аспект проблем насильства. К.: Либідь, 2003.

² Мартинишин Г. Я. Статевая недоторканість як об'єкт кримінально-правової охорони в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2017. С. 82.

³ Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко та ін.; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. К., 2008. С. 88.

⁴ Дорош Л. В. Статевая недоторканість та її кримінально-правова охорона. Питання боротьби зі злочинністю: збірник наукових праць / редкол. Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. Х.: вид-во «Кроссруд», 2007. Вип. 14. С. 70.

⁵ Мартинишин Г. Я. Статевая недоторканість як об'єкт кримінально-правової охорони в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2017. С. 83.

⁶ Люблинский П. И. Преступления в области половых отношений. Ленинград: Издательство Л. Д. Френкель, 1925. С. 58.

⁷ Блиндер Б. А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. Ташкент: Издательство Ташкентского университета, 1970. С. 11-12.

⁸ Тыдыкова Н. В. Уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации насильственных половых преступлений: монография. Москва: Юрлитинформ, 2013. С. 12.

пов'язуючи статеву свободу, насамперед, із певною діяльністю особи – вибір статевих партнерів, способів задоволення статевих потреб тощо^{9, 10}. Проте, існує і така точка зору, яка об'єднує погляди зазначених вище вчених, що статева свобода як цілісне поняття акумулює у собі як свободу примусу, так і свободу самовизначення у сфері статевого спілкування. Так, наприклад, Я. Яковлев вказує, що статева свобода – це не лише свобода від примушування, але, крім того, свобода на самовизначення у сфері статевого спілкування із іншими особами¹¹. Н. Тидикова виділяє два аспекти свободи: свобода від насильства та свобода самовизначення¹². Подібної точки зору дотримуються А. Дьяченко¹³, О. Дудоров¹⁴. Натомість Б. Блиндер вважає, що статева свобода полягає у свободі, гарантованій жінці, незалежно від впливу іншої особи у кожному конкретному випадку допускати або не допускати задоволення щодо себе чужого статевого почуття з боку певної особи, в певний час та за певних обставин. За такого тлумачення статевої свободи, вважає науковець, насильницькі статеві зносини й надалі визнаватимуться зґвалтуванням, навіть тоді, коли воно вчиняється особою, з якою жінка раніше вступала у статевий зв'язок, або з якою вона проживає спільно¹⁵.

Досліджуючи поняття «статеві свобода» з точки зору прав та свобод людини, варто констатувати, що статеві свобода не обмежується лише можливістю утримуватися від статевого спілкування чи, навпаки, лише можливістю вступати у статеві спілкування. Така свобода у суб'єктивному розумінні (як закріплена у юридичних нормах і забезпечувана державою певна можливість) завжди включає обидва ці елементи¹⁶. Але деякі вчені вже давно помітили різницю між статевою свободою як суб'єктивною можливістю, з одного боку, і статевою свободою як об'єктом кримінально-правової охорони та об'єктом злочину – з іншого^{17, 18}. Зокрема, прямо на це вказує Н. Тидикова, відзначаючи, що розуміння статевої свободи як об'єкта злочину вужче поняття статевої свободи загалом¹⁹. Тому слід погодитися з точкою зору про те, що кримінальне законодавство не охороняє статеву свободу в цілому, оскільки в деяких випадках шкода також заподіюється й іншим об'єктам кримінально-правової охорони (здоров'ю, громадському порядку, моральності тощо).

Щодо розуміння статевої недоторканості як ознаки насильницького статевого злочину, то, як правило, під статевою недоторканістю розуміють певну правову (або правову і моральну) заборону (чи стан, за якого існує заборона) вступати у статеві спілкування (статеві відносини, сексуальні відносини, сексуальні контакти тощо) із певною категорією осіб^{20, 21, 22}.

При більш детальному аналізі існуючих підходів щодо тлумачення поняття статевої недоторканості можна відзначити, що наприклад, О. Дудоров стверджує, що статеві недоторканість означає охоронюваний кримінальним законом стан, за якого забороняється вступати у сексуальні контакти з особою, яка з певних причин (наприклад, через недосягнення статевої зрілості) не є носієм статевої свободи. Загалом недоторканість, будучи поняттям абсолютним, означає, що певні інтереси недоторканої особи за жодних умов не можуть бути порушені іншою особою, а будь-які сексуальні дії, вчинені щодо недоторканої особи,

⁹ Осипов П. П. Половые преступления (общее понятие, социальная сущность и система составов) : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08; Ленинградский государственный университет им. А. А. Жданова. Ленинград, 1966. С. 4

¹⁰ Дорош Л. В. Статеві недоторканість та її кримінально-правова охорона. *Питання боротьби зі злочинністю*: зб. наук. пр. / редкол. Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. Х.: вид-во «Кроссруд», 2007. Вип. 14. С. 70.

¹¹ Яковлев Я. М. Половые преступления. Душанбе : Издательство «ИРФОН», 1969. С. 69-70.

¹² Тыдыкова Н. В. Уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации насильственных половых преступлений : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. С. 13.

¹³ Дьяченко А. П. Уголовно-правовая охрана граждан от преступлений в сфере сексуальных отношений : дисс. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.08; Академия МВД РФ. Москва, 1993. С. 53.

¹⁴ Дудоров О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: науково-практичний посібник. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. С. 13.

¹⁵ Блиндер Б. А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. Ташкент : изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. С. 12.

¹⁶ Брух Х. І. Концептуальні підходи до визначення родового об'єкта злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. *Журнал східноєвропейського права*. 2014. № 8. С. 70.

¹⁷ Даниэльбек Б. В. Половые извращения и уголовная ответственность. Волгоград : НИИРИО ВСШ МВД СССР, 1972. С. 31.

¹⁸ Тыдыкова Н. В. Уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации насильственных половых преступлений : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. С. 13.

¹⁹ Тыдыкова Н. В. Уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации насильственных половых преступлений : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. С. 13.

²⁰ Яковлев Я. М. Половые преступления. Душанбе : Издательство «ИРФОН», 1969. С.72.

²¹ Дудоров О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: науково-практичний посібник. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. С.14.

²² Павлов А. С. Изнасилование: уголовно-правовой и криминологический аспекты : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08; Московский государственный лингвистический университет. Москва, 2009. С. 14.

визначаються кримінально караними. Стверджувати відтак, що згода особи, яка не є носієм статевої свободи, на сексуальні контакти з нею жодного юридичного значення не має, буде, мабуть, не зовсім точно, оскільки така згода у певних випадках впливає на кваліфікацію¹. Протилежної точки зору дотримується Л. Крігер, яка зазначає, що порушення статевої недоторканості завжди порушує й статеву свободу². Натомість А. Утямишев вважає, що статевая недоторканість є похідною від статевої свободи. Про статеву недоторканість як безпосередній об'єкт статевого злочинів необхідно говорити виключно щодо осіб, котрі: 1) знаходяться у безпорадному стані; 2) не усвідомлюють дійсного соціального значення вчиненого; 3) з якими загалом не можна вступати у статеві зносини. До таких осіб належать, наприклад, душевно хворі, малолітні, непритомні особи та інші. Ці особи є недоторканими у статевому сенсі, незалежно від отриманої згоди на ті чи інші сексуальні дії з ними³. Л. Дорош вважав, що статевая недоторканість – це неприпустимість сексуального спілкування з дітьми, які не досягли статевої зрілості, та особами, які внаслідок хворобливого психічного стану не усвідомлюють наслідків та соціального значення такого спілкування⁴. Натомість О. Жижиленко, розглядає статеву свободу як складову статевої недоторканості особи⁵.

Отже, проведений нами аналіз існуючих у науковій літературі підходів щодо поняття «статевої недоторканості» дозволяє виділити три підходи до сутності статевої недоторканості особи. Найбільш поширеною є точка зору, відповідно до якої статевая свобода та статевая недоторканість розглядають як окремі, самостійні об'єкти злочину. Представники цього підходу вважають, що існує дві самостійні групи осіб, одна з яких володіє лише статевою свободою, а інша – лише статевою недоторканістю; критеріями ж поділу цих осіб на групи визнають, зокрема: вік (шлюбний або повноліття), статевая зрілість або безпорадний стан (фізична чи психічна безпорадність)^{6, 7}. Вчені другого підходу розглядають статеву недоторканість як своєрідну гарантію чи умову статевої свободи, визнаючи кожен із цих феноменів самостійним об'єктом злочину^{8, 9}. І, нарешті, представники третього підходу розглядають статеву недоторканість як гарантію статевої свободи, однак самостійним об'єктом злочину її не визнають^{10, 11, 12}.

Висновки. Проведений нами аналіз існуючих підходів щодо тлумачення понять «статевая свобода» та «статевая недоторканість» стосується більш проблематики родового об'єкта Розділу IV. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи КК України. Що ж стосується насильницьких статевих злочинів, до яких ми відносимо зґвалтування (ст. 152), сексуальне насильство (ст. 153) та примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154), то жодний дослідник не акцентував достатньо увагу саме на праві на статеву свободу та статеву недоторканість як ознаці насильства. На нашу думку, досліджуючи проблематику права та статевої свободи та статевої недоторканості варто більше уваги приділити саме аналізу міжнародних правових актів, а також нормативно-правових актів України, що стосуються цих аспектів. Тому підтримуємо точку зору, що право на статеву недоторканість і статеву свободу надається всім громадянам, незалежно від статі й віку, ступеня моральної гідності і доброчесності¹³, що говорить

¹ Дудоров О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посіб. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дидоренка, 2011. С. 14.

² Курс российского уголовного права. Особенная часть: учебник / С. В. Бородин, О. Л. Дубовик, С. Г. Келина и др.; под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. М.: ИГП РАН, Спарк, 2002. С. 221.

³ Утямишев А. Б. Уголовная ответственность за насильственные действия сексуального характера, не связанные с изнасилованием: автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Хабаровск, 2001. С. 10-11.

⁴ Дорош Л. В. Статевая недоторканість та її кримінально-правова охорона. Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкол. Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. Х.: вид-во «Кроссрод», 2007. Вип. 14. С. 73.

⁵ Жижиленко А. А., Оршанский Л. Г. Половые преступления. Л.: Изд-во «Рабочий суд», 1927. С. 3-4.

⁶ Яковлев Я. М. Половые преступления. Душанбе: Издательство «ИРФОН», 1969. С. 72.

⁷ Дудоров О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: наук.-практ. посіб. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дидоренка, 2011. С. 14-15.

⁸ Дьяченко А. П. Уголовно-правовая охрана граждан от преступлений в сфере сексуальных отношений : дисс. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.08; Академия МВД РФ. Москва, 1993. С. 55-56.

⁹ Гнилицкая Д. А. Уголовно-правовые и социокриминологические аспекты ответственности за понуждение женщины к действиям сексуального характера (статья 133 УК РФ) : дисс. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.08; Южный федеральный университет. Ростов-на-Дону, 2011. С. 80.

¹⁰ Хлынцов М. Н. Борьба с половыми преступлениями (уголовно-правовое и криминологическое исследование) : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08; Саратовский юридический институт им. Д. И. Курского. Саратов, 1966. С. 7.

¹¹ Андреева Л. А. О характере принуждения при изнасиловании. *Правоведение*. 1960. № 2. С. 154.

¹² Тыдыкова Н. В. Уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации насильственных половых преступлений : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. С. 21-23.

¹³ Мартинишин Г. Я. Статевая недоторканість як об'єкт кримінальноправової охорони у юридичній літературі. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія юриспруденція*: зб. науковий праць. 2015. Вип. 18. Т. 2. С. 110-115.

про те, що при вчиненні насильства у ст. 152, ст. 153, ст. 154 КК України порушується як право на статеву свободу, так і право на статеву недоторканість, які гарантуються Женевською декларацією прав дитини 1924 р., Загальною декларацією прав людини 1948 р., Декларацією прав дитини 1959 р., а також закріплені у Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, у Конвенції про права дитини 1989 р.

Анотація.

Стаття присвячена актуальній проблемі сьогодення – праву на статеву недоторканість та статеву недоторканість як ознаці насильницьких статевих злочинів. Проаналізовано існуючі підходи до тлумачення понять «статева свобода» та «статева недоторканість». Відзначено, що проведений аналіз існуючих підходів щодо тлумачення понять «статева свобода» та «статева недоторканість» стосується більш проблематики родового об'єкта Розділу IV. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи КК України. Автор вважає, що при вчиненні насильства у ст. 152, ст. 153, ст. 154 КК України порушується як право на статеву свободу, так і право на статеву недоторканість, які гарантуються Женевською декларацією прав дитини 1924 р., Загальною декларацією прав людини 1948 р., Декларацією прав дитини 1959 р., а також закріплені у Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, у Конвенції про права дитини 1989 р.

Summary.

This article is concerning on one of the modern topical issues – the right for sexual freedom and sexual immunity as an element of violent sexual crimes. Current approaches to defining “sexual freedom” and “sexual immunity” have been studied. It has been noted that such analysis made by different researchers relates mostly to the problems of generic object of Chapter IV “Criminal offences against sexual freedom and sexual immunity” of Special Part of the Criminal code of Ukraine. On author’s opinion, the violence stipulated by Art. 152, 153, 154 of the Criminal code of Ukraine causes damage both to the rights for sexual freedom and sexual immunity as provided by the Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924, the Universal Declaration of Human Rights 1948, the Declaration of the rights of the Child 1959 and as stipulated by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966, International Covenant on Civil and Political Rights 1966, the UN Convention on the Rights of the Child 1989.

References:

1. Журавльов А. О. Класифікація статевих злочинів. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2013. №3. С. 29-32
2. Максимова Н. Ю., Мілютіна К. Л. Соціально-психологічний аспект проблем насильства. К. : Либідь, 2003. 337 с.
3. Мартинишин Г. Я. Статева недоторканість як об'єкт кримінально-правової охорони в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2017. 220 с.
4. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко та ін. ; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. К., 2008. 296 с.
5. Дорош Л. В. Статева недоторканість та її кримінально-правова охорона. *Питання боротьби зі злочинністю*: зб. наук. пр. / редкол. Ю. В. Баулін (голов. ред.) та ін. Х.: вид-во «Кроссруд», 2007. Вип. 14. С. 67-75.
6. Люблинский П. И. Преступления в области половых отношений. Ленинград : Издательство Л. Д. Френкель, 1925. 242 с.
7. Блиндер Б. А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. Ташкент : Издательство Ташкентского университета, 1970. 160 с
8. Тыдыкова Н. В. Уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации насильственных половых преступлений : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. 192 с.
9. Осипов П. П. Половые преступления (общее понятие, социальная сущность и система составов) : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08; Ленинградский государственный университет им. А. А. Жданова. Ленинград, 1966. 16 с.
10. Яковлев Я. М. Половые преступления. Душанбе: Издательство «ИРФОН», 1969. 454 с.
11. Дьяченко А. П. Уголовно-правовая охрана граждан от преступлений в сфере сексуальных отношений : дисс. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.08; Академия МВД РФ. Москва, 1993. 344 с.
12. Дудоров О. О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: науково-практичний посібник. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. 352 с.
13. Блиндер Б. А. Уголовно-правовая охрана свободы и достоинства женщины. Ташкент : изд-во Ташкентского гос. ун-та им. В.И. Ленина, 1970. 144 с.
14. Брух Х. І. Концептуальні підходи до визначення родового об'єкта злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. *Журнал східноєвропейського права*. 2014. № 8. С. 66-74.

15. Даниэльбек Б. В. Половые извращения и уголовная ответственность. Волгоград : НИИРИО ВСШ МВД СССР, 1972. 128 с.
16. Павлов А. С. Изнасилование: уголовно-правовой и криминологический аспекты : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08; Московский государственный лингвистический университет. Москва, 2009. 29 с.
17. Курс российского уголовного права. Особенная часть: учебник / С. В. Бородин, О. Л. Дубовик, С. Г. Келина и др.; под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. М.: ИГП РАН, Спарк, 2002. 1040 с.
18. Утямишев А. Б. Уголовная ответственность за насильственные действия сексуального характера, не связанные с изнасилованием: автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Хабаровск, 2001. 24 с.
19. Жижиленко А. А., Оршанский Л. Г. Половые преступления. Л.: Изд-во «Рабочий суд», 1927. 112 с.
20. Гнилицкая Д. А. Уголовно-правовые и социокриминологические аспекты ответственности за понуждение женщины к действиям сексуального характера (статья 133 УК РФ) : дисс. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.08; Южный федеральный университет. Ростов-на-Дону, 2011. 210 с.
21. Хлынцов М. Н. Борьба с половыми преступлениями (уголовно-правовое и криминологическое исследование) : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08; Саратовский юридический институт им. Д. И. Курского. Саратов, 1966. 20 с.
22. Андреева Л. А. О характере принуждения при изнасиловании. *Правоведение*. 1960. № 2. С. 153-158.
23. Мартинишин Г. Я. Статева недоторканість як об'єкт кримінальноправової охорони у юридичній літературі. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія юриспруденція*: зб. науковий праць. 2015. Вип. 18. Т. 2. С. 110-115.

Rymma Yurchenko,

*Post-Graduate Student of Donetsk Law Institute
of Ministry of Internal Affairs of Ukraine*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5718-2808>

COMPULSORY LICENSES FOR THE USE OF PATENTS FOR PHARMACEUTICAL PRODUCTS: THE EU REGULATION

Примусові ліцензії на використання патентів щодо фармацевтичної продукції: досвід ЄС

Roman Yurkiv

Keywords:

invention, compulsory license, patent, medicine, intellectual property

Ключові слова:

винахід, примусова ліцензія, патент, ліки, інтелектуальна власність

Постановка проблеми. Важливою проблемою фармацевтичної промисловості, яка потребує вирішення, є, зокрема, патентний захист лікарських засобів. Фармацевтичні компанії вживають всіх заходів для того, щоб забезпечити собі так звані «вічно зелені патенти», а під час дії патенту максимально намагаються монополізувати ринок певної фармацевтичної продукції, не надаючи добровільний дозвіл на використання запатентованих ліків. Це зумовлює актуальність примусового ліцензування винаходів (корисних моделей) у сфері фармацевтики. На рівні ЄС основним нормативним актом у цій сфері є Регламент № 816/2006 від 17 травня 2006 року про обов'язкове ліцензування патентів, що стосуються виробництва фармацевтичної продукції для експорту до країн, де існують проблеми в охороні здоров'я¹. Це фактично єдиний нормативний акт на рівні ЄС, який повністю присвячений примусовому ліцензуванню прав інтелектуальної власності в певній сфері. Це свідчить про надзвичайну важливість ринку лікарських засобів для суспільства загалом.

Стан дослідження. Проблеми правового регулювання примусового ліцензування у сфері фармацевтики досліджувалися на рівні наукових публікацій такими науковцями як Андрощук Г., Кашинцева О., Пономарьова О., Работягова Л. та ін. Однак вказані наукові дослідження не охоплювали належним чином аналізу особливостей примусових ліцензій на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу.

Метою статті є характеристика права ЄС щодо примусового ліцензування на використання патентів щодо фармацевтичної продукції.

Виклад основного матеріалу. У Регламенті ЄС № 816/2006 вказано, що він має на меті вирішення проблем охорони здоров'я порівняно менш розвинутих країн та країн, що розвиваються та повинен покращити доступ громадян цих країн до доступних лікарських засобів, які є безпечними та ефективними.

У науковій літературі відзначають, що з метою захисту прав людини на життя і здоров'я та у зв'язку з численними випадками його обмеження патентною монополією, сучасною міжнародно-правовою доктриною права інтелектуальної власності передбачено механізм видачі державою примусової ліцензії на винаходи у сфері охорони здоров'я з метою їх некомерційного використання². Погоджуємося з цією тезою частково. Оскільки не зовсім доцільно говорити про виключно некомерційне використання примусової ліцензії у сфері фармацевтики. На нашу думку, будь-який виробник лікарських засобів буде переслідувати мету отримання прибутку, а не лише задоволення певних суспільних потреб. Зарубіжні науковці наголошують, що країни, які розвиваються, можуть максимізувати доступ до основних ліків та мінімізувати небажані побічні ефекти саме завдяки режиму примусової ліцензії, але необхідно також враховувати зовнішні соціальні та політичні умови, щоб зробити примусове ліцензування більш ефективним³. Дійсно, інститут

¹ Регламент ЄС № 816/2006 про обов'язкове ліцензування патентів, що стосуються виробництва фармацевтичної продукції для експорту до країн, де існують проблеми в охороні здоров'я. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_45880?fbclid=IwAR0rILGMtDKxBarOb-TUDF58U0EERKqIKhtzTsUULGMOGq-LOIRCIQJF0LI (дата звернення 12.01.2021).

² Пономарьова О. Примусова, відкрита та добровільна ліцензії на лікарські засоби: деякі аспекти правозастосування. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2019. № 3. С. 32. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2019/3_2019/5.pdf (дата звернення 12.01.2021).

³ Robert C. Bird. Developing Nations and the Compulsory License: Maximizing Access to Essential Medicines While Minimizing Investment Side Effects. The Journal of Law, Medicine and Ethics. 2009. 37(2). P. 212.

примусового ліцензування відіграє важливу роль у покращенні стану охорони здоров'я в таких країнах.

Видача обов'язкових ліцензій згідно з Регламентом ЄС № 816/2006 повинна передбачати чіткі вимоги щодо цих примусових ліцензій та щодо діяльності, яка передбачена такою ліцензією, щодо ідентифікації фармацевтичної продукції, що вироблена відповідно до такої ліцензії, а також повинні бути чітко вказані країни, до яких ця вироблена продукція буде експортуватися. Слід звернути увагу на сферу дії Регламенту № 816/2006. Так, цей Регламент встановлює процедуру надання обов'язкових (примусових) ліцензій стосовно патентів та сертифікатів додаткового захисту щодо виробництва та продажу фармацевтичних продуктів, якщо такі продукти призначені для експорту до країн-імпортерів, що відповідають встановленим вимогам, та які потребують таких продуктів для вирішення проблем охорони здоров'я населення. Тобто Регламент не унормовує внутрішньодержавні питання окремих країн ЄС щодо примусового ліцензування прав на використання фармацевтичної продукції.

Фармацевтична продукція відповідно до цього Регламенту – це будь-який продукт фармацевтичного сектору, включаючи лікарські засоби для вживання людиною, активні добавки та ex vivo діагностичні набори. В Регламенті визначено країни, до яких може здійснюватися імпорт фармацевтичної продукції. Далеко не в кожену країну на підставі виданої примусової ліцензії можна постачати ліки. Для того, щоб країна отримала право на постачання ліків, повинні існувати певні економічні передумови (зазвичай, йдеться про малорозвинуті економічно країни, або ж країни з невеликим ВВП на одиницю населення). Окрім того, необхідною умовою є членство такої країни у СОТ або в Організації економічного співробітництва та розвитку.

Наприклад, Таїланд застосовував вказані механізми примусового ліцензування, але в науковій літературі наголошують на те, що політика щодо примусового ліцензування здійснювалася органами влади Таїланду не зовсім коректно, через можливі певні зловживання саме з боку органів влади¹.

Історія використання механізму примусового ліцензування з метою забезпечення інтересів суспільства та захисту здоров'я населення налічує понад 80 років (так, із 1941 по 1959 рік у США було видано 107 примусових ліцензій. Із 1950 по 1972 рік у Великій Британії було заявлено 76 і видано 21 примусову ліцензію)².

Для того, щоб постачання фармацевтичної продукції могло відбутися в певну країну, така країна повинна звернутися з повідомленням до відповідної Комісії ЄС (якщо не є членом СОТ) або до СОТ (якщо є членом СОТ). При цьому в повідомленні слід вказати назву та обсяг відповідних ліків, аргументовано довести відсутність або недостатність виробничих потужностей у фармацевтичній сфері щодо виробництва таких ліків. Інколи фармацевтичний продукт, щодо поставки якого подано повідомлення, може бути запатентований на території такої країни імпорту. У такому разі ця країна повинна гарантувати надання обов'язкової ліцензії на імпорт відповідного продукту. Фактично у даному випадку відбувається подвійне примусове ліцензування певної фармацевтичної продукції. Компанія – постачальник ліків повинна отримати примусову ліцензію і відповідно до Регламенту ЄС № 816/2006, і відповідно до законодавства країни імпорту. Це зумовлено територіальними межами дії патенту. Відтак може скластися ситуація, за якої одна і та ж фармацевтична продукція буде одночасно охоронятися патентами в різних країнах світу.

Обсяг ліків, які будуть постачатися на правах примусової ліцензії, не можуть перевищувати тих обсягів, яких потребує країна імпорту, вказавши про це у повідомленні, що було адресовано СОТ. Більше того, країна імпорту повинна гарантувати, що вона реально використовуватиме отримані ліки лише для вирішення проблем системи охорони здоров'я. Дійсно, неприпустимо, щоб країна, в яку імпортують необхідні ліки, використовувала їх як інструмент для досягнення інших цілей, зокрема, цілей промислової чи торгівельної політики. Також на таку країну може бути покладено обов'язок здійснити певні заходи, необхідні для виконання умов постачання ліків. Правовим наслідком порушення вказаних вище вимог (використання поставлених ліків з іншою метою, ніж для системи охорони здоров'я, не вжиття передбачених необхідних заходів) може бути припинення дії примусової (обов'язкової) ліцензії.

Використання примусових ліцензій у сфері фармацевтики призвели до важливого прогресу у доступі до ліків від інфекційних захворювань (зокрема, ВІЛ та гепатит С) та, нещодавно, проти раку. У науковій літературі наголошують, що навіть загроза примусових ліцензій може стати переговорною монетою при обговоренні цін на ліки, і дійсно фармацевтична промисловість відповіла низкою цінових стратегій доступу до ринку для збільшення продажів та доступу до ліків за останнє десятиліття³.

Щодо порядку подання і розгляду заявки слід відзначити наступне. Відповідно до Регламенту ЄС № 816/2006 будь-яка особа має право подати заявку на отримання обов'язкової ліцензії відповідно до цього

¹ Lybecker KM, Fowler E. Compulsory licensing in Canada and Thailand: comparing regimes to ensure legitimate use of the WTO rules. *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2009. 37 (2). P. 230.

² Пономарьова О. Примусова, відкрита та добровільна ліцензії на лікарські засоби: деякі аспекти правозастосування. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2019. № 3. С. 33. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2019/3_2019/5.pdf (дата звернення 12.01.2021).

³ Cinthia Leite Frizzera Borges Bognar, Brittany L. Bychkovsky, Gilberto de Lima Lopes Jr. Compulsory Licenses for Cancer Drugs: Does Circumventing Patent Rights Improve Access to Oncology Medications? *Journal of Global Oncology*. 2016. № 2 (5). p. 295.

Регламенту до компетентного органу в державі-члені або членах, в яких діють патенти або сертифікати додаткового захисту та описати свої ймовірні дії щодо виробництва та продажу на експорт. Таку заявку можна подати одночасно в кількох країнах ЄС.

Регламент формалізовано встановлює вимоги до такої заявки. Серед відомостей, які вказуються в заявці, відзначаємо, що обов'язково слід деталізувати непатентовану назву фармацевтичного продукту або продукції, які заявник має намір виробляти або продавати на експорт згідно з примусовою ліцензією, обсяги фармацевтичної продукції, які заявник має намір виробляти згідно з обов'язковою ліцензією, країну (-и) імпорту.

Безумовно, розгляд питання про надання примусової ліцензії не може відбуватися без відома суб'єкта відповідних прав. Заявник повинен довести факт попереднього звернення до суб'єкта прав з проханням надати йому добровільну ліцензію чи укласти ліцензійний договір. Законодавець зобов'язує заявника докласти максимум зусиль щодо отримання дозволу від правовласника і після звернення до компетентного органу з заявкою щодо отримання примусової ліцензії. Зокрема, заявник повинен подати докази своїх намагань отримати ліцензію від правовласника впродовж тридцяти днів від дати подачі заявки. Такий підхід, очевидно, є виправданим. Він спрямований все-таки на те, щоб заявник отримав не примусову, а добровільну ліцензію на використання (виробництво) патентованої фармацевтичної продукції. Дійсно, сторони повинні першочергово спробувати домовитися. Власник патенту повинен вислухати позицію заявника, який бажає стати ліцензіатом (користувачем). Позиція власника патенту повинна бути конструктивною, тобто не допускається безпідставна відмова у наданні дозволу на використання запатентованої за ним фармацевтичної продукції.

В процедурі видачі примусової ліцензії компетентний орган держави ЄС, до якої подано заявку на отримання примусової ліцензії, надає власнику патенту можливість висловити своє бачення щодо поданої заявки.

Звернення заявника до власника патенту вже після подання заявки на примусове ліцензування не вимагається лише в одному випадку. Так, Угодою ТРІПС у п. b) ст. 31 встановлено, що така вимога може бути тимчасово відкладена у разі надзвичайної ситуації в країні або інших обставин крайньої необхідності, або у випадках суспільного некомерційного використання⁴.

Таким чином, випадками, за наявності яких до власника патенту можна не звертатися додатково вже після подання заявки є: обставини крайньої необхідності, зокрема, надзвичайна ситуація в країні; суспільне некомерційне використання. У разі видачі примусової ліцензії за існування надзвичайних ситуацій в країні або існування інших обставин крайньої необхідності, власника патенту слід повідомити якомога швидше, наскільки це практично можливо.

У випадку суспільного некомерційного використання, тобто коли уряд або підрядник без дослідження патенту, знає або має очевидні підстави, щоб знати, що дійсний патент використовується або буде використовуватися урядом або в інтересах уряду, необхідно негайно повідомити про це власника патенту.

З поширенням захворюваності на COVID-19 протягом 2020-2021 рр. у світі багато країн по-новому подивилися на важливість примусового ліцензування. Так, ще у березні 2020 р. законодавчі органи таких країн, як Канада, Чилі та Еквадор, заклали правову основу для видачі примусових ліцензій на ліки від COVID-19. Зокрема, Канадський Закон про надзвичайне реагування на COVID-19 вніс зміни до Канадського патентного закону, щоб забезпечити більш швидкий процес видачі примусової ліцензії з міркувань охорони здоров'я, і ця поправка дозволяє уряду видавати ліцензію на необхідні інновації та лише пізніше домовлятися про винагороду⁵. У Чилі парламент також ухвалив резолюцію, якою надаються обов'язкові (примусові) ліцензії на виробництво ліків щодо профілактики та лікування COVID-19 у зв'язку з тим, що пандемія коронавірусу є достатнім обґрунтуванням для надання примусових ліцензій на технології, пов'язані з COVID-19⁶. Подібний підхід обрав і законодавець Еквадору, який ухвалив резолюцію, яка вимагає від президента Еквадору та міністра охорони здоров'я забезпечити безкоштовний або доступний доступ до профілактичних, діагностичних та лікувальних технологій, пов'язаних з COVID-19, шляхом використання обов'язкових ліцензій⁷.

В країнах ЄС законодавчі положення щодо примусового ліцензування в умовах COVID-19 також вже набувають особливої актуальності. Зокрема, йдеться про можливість застосування ст. 31 Угоди ТРІПС, яка передбачає використання так званої примусової ліцензії «ex officio», тобто ліцензії, яка надається в інте-

⁴ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text (дата звернення 12.01.2021).

⁵ COVID-19 Emergency Response Act, S.C. 2020, C-13 (Can.). URL: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2020_5/ (дата звернення 12.12.2020).

⁶ Hilary Wong. The case for compulsory licensing during COVID-19. Journal of Global Health. 2020. № 10(1). URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7242884/> (дата звернення 12.12.2020).

⁷ Hilary Wong. The case for compulsory licensing during COVID-19. Journal of Global Health. 2020. № 10(1). URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7242884/> (дата звернення 12.12.2020).

ресам громадського здоров'я, і яка повинна бути винятком для надзвичайних ситуацій, таких як криза, зумовлена COVID-19.

Звертаємо увагу, що цей механізм примусового ліцензування справді використовувався лише в рідкісних випадках, і то лише країнами, що розвиваються, а не країнами ЄС. Водночас пандемія COVID 19 призвела до того, що ледь не вперше країни ЄС замислилися над потенційним застосуванням положень Угоди ТРІПС саме в інтересах громадян з країн ЄС, а не країн так званого «третього світу». У науковій літературі відзначають, що ліцензія *ex officio* може слугувати економічним важелем для держав, зокрема, допомагаючи їм заохочувати так званих «запатентованих» виробників переносити виробництво на свою територію та відповідно знижувати ціни на ліки, і саме патентне законодавство може стати ключем до вирішення кризи, оскільки дослідження, що стосуються методів лікування та вакцин, у розпалі у всіх провідних країнах ЄС¹.

Виробництво ліків має дійсно вирішальне значення в період боротьби проти COVID-19, і система примусового ліцензування прав, що впливають з патентів на ліки, може сформувати баланс між медичною та патентною системою. Якщо ж медичних ресурсів немає або ж вони не розгорнуті вчасно, це може завдати шкоди життю та здоров'ю населення і спричинити значні людські втрати². Водночас інші науковці, на противагу авторам, які люблять надання примусових ліцензій для лікування COVID-19, слушно наголошують і на необхідності захисту патентних прав компаній, які докладають значних, а інколи і непомірних зусиль для швидкого винайдення і виробництва ефективних ліків від COVID-19³.

Справді, вказані вище обставини (обставини крайньої необхідності та суспільне некомерційне використання) є важливими і потребують негайної реакції органу влади, який приймає рішення про видачу примусової ліцензії, в тому числі для боротьби із захворюваннями на COVID-19. Зволікання у прийнятті рішення щодо можливої видачі примусової ліцензії з мотивів додаткового повідомлення власника патенту і очікуванням його реакції на це, може призвести до негативних суспільних наслідків.

Примусова ліцензія щодо використання патентованої фармацевтичної продукції є невиключною, строковою та надає лише обмежений обсяг прав її користувачеві. Так, ліцензія обмежується діями, необхідними для цілей виробництва відповідної продукції для експорту та реалізації в країну чи країни, зазначені у заявці. Важливим аспектом є те, що ліцензія є обмеженою територіально. Тому її дія обмежується чітко визначеною країною, або країнами. Жоден продукт виготовлений або імпортований згідно з примусовою ліцензією не може пропонуватися або розміщуватися на ринку у будь-якій іншій країні.

До фармацевтичної продукції, яка вироблятиметься відповідно до умов примусової ліцензії, також встановлено ряд вимог: щодо маркування (чітка ідентифікація як продукції, що вироблена за примусовою ліцензією); відмінність від продукції власника патенту (таке вирізнєння досягається шляхом або спеціального упакування, або спеціального кольору, форми упакування, або їх поєднання); упакування і супутня документація фармацевтичної продукції повинні містити чітку інформацію, що ліки підпадають під дію обов'язкової (примусової) ліцензії згідно з Регламентом ЄС № 816/2006, має бути вказано орган, який прийняв рішення про видачу такої ліцензії, країну імпорту та характеристики продукції.

З урахуванням розвитку цифрового середовища вказана вище інформація також повинна бути відображена і на веб-сайті виробника-імпортера ліків, який наділений примусовою ліцензією. Це потрібно для інформування максимально великої кількості споживачів, власника патенту, інших заінтересованих осіб. Справді, швидкий розвиток Інтернет – технологій зумовлює необхідність вдосконалення правового регулювання щодо використання об'єктів інтелектуальної власності в мережі Інтернет⁴. Наявність інформації на веб-сайті суттєво спростить пошук інформації про примусову ліцензію та продукцію, яка виробляється на її підставі.

Примусова ліцензія є оплатною, однак не завжди обов'язок сплати винагороди (роялті) покладається на ліцензіата. Так, якщо ліцензія видавалася в умовах існування обставин крайньої необхідності або для суспільного некомерційного використання за ініціативою країною імпорту, саме ця країна є відповідальною за сплати винагороди власнику патенту. Винагорода сплачуватиметься у розмірі до 4 % від загальної вартості ліків. Оплату може здійснити як сама країна імпорту, так і треті особи від її імені.

Ліцензіат є відповідальним за сплату винагороди власнику патенту в усіх інших випадках. При цьому розмір винагороди повинен бути адекватним та визначається з урахуванням саме економічної вартості використання прав інтелектуальної власності на патентовану фармацевтичну продукцію. Враховуються також інші гуманітарні чи некомерційні обставини, пов'язані з видачею ліцензії. В Регламенті ЄС № 816/2006 чітко не визначено розмір роялті за примусовою ліцензією, але такий розмір повинен визначатися (обраховуватися) справедливо, виходячи з економічного ефекту для користувача (ліцензіата).

¹ Matthieu Dhenne (Ipsilon). Compulsory licensing: you said "taboo"? Kluwer Patent Blog. URL: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/11/25/compulsory-licensing-you-said-taboo/> (дата звернення 12.12.2020).

² Zhou Zhide, Yu Shanshan. Research on Compulsory Drug Patent Licensing in China Under Covid-19. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*. 2020. № 466. p. 416.

³ Jean E. Akl. Patent Exceptions In The Time Of A Pandemic. *Journal of the Licensing Executives Society*. 2020 No. 3. P.204.

⁴ Тарасенко Л.Л. Інтернет-сайт як об'єкт ІТ-права. *Право України*. 2018. № 1. С. 105.

Законодавство окремих країн ЄС зазвичай не містить спеціальних норм щодо примусового ліцензування фармацевтичної продукції. Таке регулювання або містить відсилочну норму до Регламенту ЄС № 816/2006, або прив'язується до можливості отримання примусової ліцензії іншого виду (залежна, перехресна тощо). Але в останньому випадку предметом примусової ліцензії можуть бути не лише ліки, а й інші об'єкти.

Висновки. Встановлено, що видача обов'язкових ліцензій згідно з Регламентом ЄС № 816/2006 передбачає чіткі вимоги щодо цих ліцензій та щодо діяльності, яка передбачена такою ліцензією, щодо ідентифікації фармацевтичної продукції, що вироблена відповідно до такої ліцензії, а також повинні бути чітко вказані країни, до яких ця вироблена продукція буде експортуватися. Обґрунтовано, пандемія COVID 19 призвела до того, що ледь не вперше країни ЄС замислилися над потенційним застосуванням положень Угоди ТРІПС щодо примусового ліцензування саме в інтересах громадян з країн ЄС, а не країн так званого «третього світу». Доведено, примусова ліцензія щодо використання патентованої фармацевтичної продукції надає лише обмежений обсяг прав її користувачеві, зокрема, вона обмежується діями, необхідними для цілей виробництва відповідної продукції для експорту та реалізації в країну чи країни, зазначені у заявці, та є обмеженою територіально.

Анотація.

Стаття присвячена аналізу законодавства ЄС щодо примусового ліцензування прав на винаходи (корисні моделі) щодо фармацевтичної продукції. Автором зроблено висновки щодо умов видачі таких ліцензій, обсягу прав, які надаються користувачеві, проаналізовано актуальність примусового ліцензування патентованих ліків в умовах COVID-19.

Summary.

The article is devoted to the analysis of the EU legislation on compulsory licensing of rights to inventions (utility models) for pharmaceutical products. The author draws the conclusions about the conditions for granting such licenses, the scope of rights granted to the user, analyzed the relevance of compulsory licensing of patented drugs during the COVID-19 pandemic.

References:

1. Регламент ЄС № 816/2006 про обов'язкове ліцензування патентів, що стосуються виробництва фармацевтичної продукції для експорту до країн, де існують проблеми в охороні здоров'я. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_458807fbclid=IwAR0rILGMtDKxBarOb-TUDF58U0EERKqIKhtzTsUULGMOGq-LOIRCIQjFOLI (дата звернення 12.01.2021).
2. Пономарьова О. Примусова, відкрита та добровільна ліцензії на лікарські засоби: деякі аспекти правозастосування. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2019. № 3. С.32-38. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2019/3_2019/5.pdf (дата звернення 12.01.2021).
3. Robert C. Bird. Developing Nations and the Compulsory License: Maximizing Access to Essential Medicines While Minimizing Investment Side Effects. The Journal of Law, Medicine and Ethics. 2009. 37(2). P. 209-221.
4. Lybecker KM, Fowler E. Compulsory licensing in Canada and Thailand: comparing regimes to ensure legitimate use of the WTO rules. The Journal of Law, Medicine and Ethics, 2009. 37 (2). P. 222-239.
5. Cinthia Leite Frizzera Borges Bognar, Brittany L. Bychkovsky, Gilberto de Lima Lopes Jr. Compulsory Licenses for Cancer Drugs: Does Circumventing Patent Rights Improve Access to Oncology Medications? Journal of Global Oncology. 2016. № 2 (5). p. 292-301.
6. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text (дата звернення 12.01.2021).
7. COVID-19 Emergency Response Act, S.C. 2020, C-13 (Can.). URL: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2020_5/ (дата звернення 12.12.2020).
8. Hilary Wong. The case for compulsory licensing during COVID-19. Journal of Global Health. 2020. № 10(1). URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7242884/> (дата звернення 12.12.2020).
9. Matthieu Dhenne (Ipsilon). Compulsory licensing: you said "taboo"? Kluwer Patent Blog. URL: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/11/25/compulsory-licensing-you-said-taboo/> (дата звернення 12.12.2020).
10. Zhou Zhide, Yu Shanshan. Research on Compulsory Drug Patent Licensing in China Under Covid-19. Advances in Social Science, Education and Humanities Research. 2020. № 466. p. 415-417.
11. Jean E. Akl. Patent Exceptions In The Time Of A Pandemic. Journal of the Licensing Executives Society. 2020 No. 3. P.204-205.
12. Тарасенко Л.Л. Інтернет-сайт як об'єкт ІТ-права. Право України». 2018. № 1. С. 103-113.

Roman Yurkiv,

assistant professor of intellectual property, information and corporate law department Ivan Franko National University of Lviv

CONCEPTUALIZATION OF INTENTIONAL ANALYSIS OF PROFESSIONAL ADVOCACY IN THE CONTEXT OF PHILOSOPHICAL AND LEGAL DISCOURSE

Концептуалізація інтенціонального аналізу професійної адвокатської діяльності в контексті філософсько-правового дискурсу

Olga Zaiats

Key words:

professional advocacy, intentional analysis, postclassical discourse, legal reality, legal anthropology, philosophy of law.

Ключові слова:

професійна адвокатська діяльність, інтенціональний аналіз, посткласичний дискурс, правова реальність, правова антропологія, філософія права.

Демократизація політико-правових процесів, що відбуваються в Україні, не дивлячись на свій неоднозначний і суперечливий характер, все одно впливає на активність розвитку суспільної та індивідуальної політико-правової свідомості. Утвердження, у цьому контексті, статусу права як соціальної, так і індивідуальної цінності, а, також, усвідомлення суб'єктами права своїх конституційних прав і свобод, детермінує потребу в існуванні адвокатури та професійної адвокатської діяльності (юридичної практики) як підтвердження показника сформованої свідомості громадянського суспільства. У Конституції України (ст. 131²) встановлено, що з цією метою для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Останнім часом дослідники продукують чимало цікавих ідей стосовно ідентичності адвокатури та її ролі у громадянському суспільстві та правовій державі. Для прикладу Т. Вільчик, у своїй докторській дисертації, запропонувала концепцію, реалізація якої могла би вплинути на соціальний статус адвокатури як однієї із провідних структур у механізмі правозахисту, здатної ефективно контролювати дотримання органами державної влади прав і законних інтересів людини завдяки здійсненню суспільно значущих публічних функцій, що визначаються з урахуванням базових принципів-гарантій Конституції і відповідають принципам і цілям організації адвокатури як правозахисного інституту¹. Цю концепцію можна вважати однією із спроб юридичної науки відобразити назрілі зміни в реформуванні адвокатури, що, водночас, доповнюються і впливом загальних тенденцій, поширених у світі. Можна припустити, що в Україні з різних причин, і об'єктивного, і суб'єктивного характеру, витіснення «живої» адвокатської допомоги онлайн сервісами поширюється не так стрімко, як у західних країнах, на щастя. Проте, навіть за повільних темпів «технологізації» адвокатської практики, окремі дослідники відзначають ознаки активізації «кризи класичної адвокатури та її багатовікових традицій». Загострюючи це питання, для прикладу, Н. Бакаянова, посиляючись на роботу Р. Сасскінда «Кінець адвокатам?» (2008), де містяться довгострокові прогнози щодо «значного, повсюдного поширення новітніх технологій», які витіснять традиційну адвокатську практику, зазначає, що «аналогічні процеси можна спостерігати й в Україні, де кризові явища стали поштовхом для реформування сфери правової допомоги...проте ефективність реформи адвокатури.. залежить від глибокого теоретичного обґрунтування її ключових положень, потребує уваги науковців та практиків»².

Протягом тривалого часу чимало авторитетних учених і практиків-адвокатів здійснили та здійснюють наукові впливи, працювали і продовжують працювати над теоретичними і практичними питаннями проблем адвокатури. Зокрема, такі, як: Н. Бакаянова, Ю. Бисага, О. Бондар, С. Булеца, І. Василик, Т. Варфоломеева, Т. Вільчик, І. Головань, Ю. Грошев, М. Демков, О. Заборовський, Я. Зейкан, В. Попелюшко, М. Руденко,

¹ Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського союзу та України: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. д-ра юрид. наук: спец. 12.00.10. Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого. Харків, 2016. С. 16.

² Бакаянова Н. М. Функціональні та організаційні основи адвокатури України: дис. ... д-ра юрид. наук; 12.00.10. Одеса, 2017. С. 23–26.

С. Сафулько, О. Святоцький, О. Синєокий, Л. Тацій, Д. Фіолевський, О. Яновська та ін. Спільними зусиллями названих та інших авторів створена фундаментальна наукова база дослідження адвокатури та адвокатської практики. Разом з тим, в контексті філософії права і класичної методології вивчення означеної проблематики не проводилось, що й не дивно, адже, як зазначає білоруський дослідник В. Павлов, правове буття, або, буття права, в класичних типах праворозуміння уявляється ніби за межами суцього ... з *особливою недоступною топологією, місцем, де нібито постійно зберігається правовий еталон*. Учений зауважує, що класична концепція пізнання і вбудована в неї модель суб'єкта, приховують людину в її справжньому існуванні у правовій реальності³. Схожу думку можна зустріти й в інших авторів, а зокрема, Ю. Цуркан-Сайфуліна, у своїх публікаціях, присвячених дослідженню взаємодії права і влади, звертає увагу на «високий рівень» догматизації, характерний для юридичної науки, зокрема, в частині «застосування нових методів для досягнення правового життя», що «іноді тягне за собою звинувачення у змішуванні права з іншими галузями знань – політикою, психологією, філософією»⁴. Але відтоді, як справедливо відзначає М. Музика, коли інтегральне праворозуміння стало предметом розгляду сучасної філософії права все частіше можна спостерігати інтеграцію філософських ідей у право⁵. Вважаючи слушними наведені аргументи щодо «сакралізації» права, зауважимо, що їх необхідно взяти до уваги, а розгляд професійної адвокатської діяльності розпочати з окреслення низки принципів положень. По-перше, йдеться про подолання тенденції протиріччя філософського і правового підходів як конкуруючих у філософії права. Це означає, що професійна адвокатська діяльність може бути предметом філософсько-правового дискурсу і не може бути – предметом виключно філософської рефлексії або ж вивчення лише в окремій галузі правознавства. На самих початках становлення філософії права в Україні, наголошуючи на потребі гармонізувати та, водночас, зберегти статус-кво філософії і права як окремих наук, С. Максимов писав, що філософія права, як наука, спирається на потенціал філософського і юридичного знання, а тому може скластися враження, що існує дві філософії права: та, що розробляється філософами, і та, що розробляється юристами. Насправді, підкреслював учений, філософія права – одна, хоч і живиться з двох різних джерел: 1) загальнофілософськими розробками; 2) досвідом розв'язання практичних проблем права» В одній з ранніх публікацій «Філософія права як сфера співпраці філософів і юристів» дослідник влучно зазначав, що «філософія права аж ніяк не псує «хорошого» юриста, позбавляючи його упевненості в безумовній істинності власної позиції й обтяжуючи думками, некорисними в його роботі. Однак вона робить процес пізнання права більш проблемним, більш складним, оскільки звертається до його глибинних суперечливих основ»⁶. По-друге, при гіпотетичному віднесенні професійної адвокатської діяльності до філософсько-правового дискурсу, не можна обійти увагою питання методологічного характеру, або ж «стилю мислення» автора на основі використовуваного ним типу праворозуміння. Зрозуміло, що йдеться про класичний і посткласичний підходи як конкуруючі методології аналізу права, а, в нашому випадку, професійної адвокатської діяльності. Погодимося, що самі по собі класична і посткласична методології не існують у чистому їхньому вигляді. Ця думка, як ідея спільного «співіснування» навіть у рамках одного дослідження, належить О. Тимошиній, яка застерігає перед їхньою штучною хронологізацією, концептуальною ідеалізацією і протиставленням як «застарілого» і «передового»⁷. У своїй докторській дисертації дослідниця виокремила наступні характеристики посткласичного праворозуміння, такі як 1) людиновимірність; 2) конституювання; 3) текстуальність; 4) сенс; 5) процесуальність; 6) інтерпретативність; 7) мовна обумовленість⁸. У сучасних дослідженнях простежується те, що донедавна класичне праворозуміння домінувало у світоглядній та науковій культурі правників-теоретиків, філософів права і в певному сенсі гальмувало отримання інтегративного знання, як би не дозволяючи філософії перейти Рубікон і зайти на територію права, що стало можливим лише на основі посткласичного світогляду. Звужуючи питання і фокусуючи увагу на предметі даної розвідки, зауважимо, що в рамках класичної методології відповідність аналізу професійної адвокатської діяльності формату філософсько-правового дискурсу довести було б складно. Це не просто зробити і в сучасному посткласичному дискурсі тому що, введення нової теми у звичке коло питань філософії права завжди потребує обґрунтування. Оптимізму додають прогнози окремих дослідників, які схвалюючи появу різноманітних концептуальних підходів в межах посткласичної правової думки, вважають це позитивною тенден-

³ Павлов В. И. К вопросу об антропологическом типе правопонимания. Правоведение. 2015. № 4 (321). С. 78.

⁴ Цуркан- Сайфуліна Ю. В. Міждисциплінарна методологія в контексті права і влади. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 11 (261). С. 262–267.

⁵ Музика М. Феноменологія як пошук нових ірраціоналістичних тенденцій в осмисленні права. Університетські наукові записки ХУУП ім. Л. Юзькова. 2018, № 65, С. 136.

⁶ Максимов С. І. Філософія права як сфера співпраці юристів і філософів. Проблеми філософії права. 2003. Т. 1. С. 33–36.

⁷ Тимошина Е. Классическое и постклассическое правопонимание как стили философско-правового мышления. Постклассическая онтология права: монография. СПб.: Алетейя, 2016. С. 237–239.

⁸ Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. С. 4.

цією, що в кінцевому випадку приведе посткласичну правову науку до успіху¹. Отже, беручи за основу сучасні дослідження у філософії права подивимося на професійну адвокатську діяльність із позицій інтенціонального підходу в контексті посткласичного філософсько-правового дискурсу. Іntenціональний підхід допоможе виявити та дослідити ті акти свідомості, які введуть феномен професійної адвокатської діяльності в конституювання правової реальності. Зробимо це в рамках феноменологічної концепції правової реальності С. Максимова та виокремимо найголовніше: дослідник підкреслює, що правова реальність не є субстанційною частиною реальності й існує не де-факто, цей феномен є лише способом організації та інтерпретації певних аспектів соціального життя, буття людини. Але цей спосіб настільки істотний, що при його відсутності розпадається сам людський світ; буття у праві є одним із способів буття людини лише за умови, коли воно стикається з буттям Іншого². На цю тезу вплинула і результати дослідження А. Полякова, зокрема, що «будь-які види і форми правового досвіду можливі тільки через комунікацію, що передбачає початкову «вкоріненість» людської особистості в інобуття, в Іншому, тобто передбачає ту його розімкненість, про яку багато говориться у посткласичній філософії»³. У професійній адвокатській діяльності відносини з Іншим розкриваються двояко: через особу, яка звернулась за допомогою у зв'язку з виникненням проблеми правового характеру (перелік таких осіб подається у Законі України «Про адвокатуру»). А з іншого боку – через особу юриста (адвоката), який є представником (правозахисником) у вирішенні правових питань тощо. Щодо особи останнього потрібно зробити наголос на провідній ролі в адвокатській практиці саме професіоналізму. Проте наголосити, що особистісні риси адвоката, його здатність до рефлексії і саморефлексії, вітальність світоглядних цінностей і моральних принципів, якими керується і під кутом зору яких він бачить у клієнті людину, суттєво впливають на характер відносини між ними; професійна адвокатська діяльність побудована на комунікативній основі, адже адвокат завжди відчуває присутність «Іншого», здобуває досвід спілкування з ним. Більше того, особливості адвокатської діяльності розкривається через наповненість людськими смислами, емоційно-чуттєвими переживаннями і т. д. Вона здійснюється у соціальному просторі, базується на співставленні сущого і належного, торкається змісту життя конкретних людей, їх впевненості у справедливості закону, системи цінностей і моральних принципів; специфікою буттєвих проявів адвокатської діяльності в правовій реальності є її діалогічність, взаємодія, інтерсуб'єктивність і як специфічний тип відносин в межах буття права вона охоплює значну сферу соціального, опосередковану правом; професійну адвокатську діяльність можна вважати свого роду діловою комунікацією на основі дотримання чинного законодавства, присяги адвоката, а також вимог професійної моралі. Це діалог в якому беруть участь дві сторони (спочатку на основі організаційного оформлення відносин через підписання договору), але це завжди відносини, що виникають і діють у зв'язку із правовими колізіями та на основі верховенства права. Отже, на феноменологічній основі через свої буттєві прояви на ґрунті правової реальності професійна адвокатська діяльність вписується у контекст правової реальності.

Ще одну, до кінця нереалізовану можливість для використання інтенціонального аналізу професійної адвокатської діяльності у філософсько-правовому дискурсі дає антропологічний підхід, у якому міститься широкий спектр її бачення від істоти соціальної, політичної, тої що дотична до сфери смислів, аж до «смерті суб'єкта» та їх втрати. Для прикладу, Максимов С. І. згадує у своїй статті білоруського дослідника В. Павлова, який критикує «класичну модель» людини насамперед через її раціональність, своєрідну «зангажованість» смислами тощо⁴. Він протиставляє їй іншу модель і вибудовує свою концепцію «енергійної людини в правовій реальності» на основі синергійної антропології С. Хоружого. Якщо підсумувати те, про що пише Максимов С. І., то формується враження, що лише завдяки констатованій постмодернізмом «смерті суб'єкта» вивільнився простір для «нових антропологічних програм». Адже протягом тривалого часу (століть, а то й тисячоліть, тому що В. Павлов починає критику «класичної» моделі людини ще від Аристотеля) західна філософія (саме їй належать критиковані В. Павловим досягнення у трактуванні людини, зокрема, здатність поставати суб'єктом) вводила людство в оману. Він пише, що «здійснюючи наукову гегемонію по всьому світу, західноєвропейський дискурс людини-суб'єкта став панівним у світовій науці», а те, що ми сприймали як «класичний суб'єкт, гуманістичний образ людини, людину Просвітництва... насправді є лише західноєвропейською варіацією бачення людини як субстанційно-трансцендентального суб'єкта» (імовірно, проводиться паралель з пропонованим принципом енергійності і перенесенням акценту з «розуму» на «духовність», яка, насправді, вже давно була прихована в «розумі» *авт.*). Далі В. Павлов пропонує перейти від західного образу людини як мислячої істоти до варіанту «енергійної людини», прототипом якої бачить «ресурс православної антропології (насамперед, традицію практики ісихазму)».

¹ Поляков А. Энергийная антропология права и коммуникативный подход. Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма: сборн. научн. трудов. Минск: Акад. МВД, 2015. С. 36.

² Максимов С. И. Концепция правовой реальности. Постклассическая онтология права: монография. СПб.: Алетей, 2016. С. 46.

³ Максимов С. И. Концепция правовой реальности. С. 41.

⁴ Максимов С. И. Концепция правовой реальности. С. 23–27.

З цією думкою важко погодитись не лише тому, що включення релігійної компоненти, в цьому контексті, сприймається не зовсім доцільним. Помітна певна суперечність у трактуванні духовного, адже залучення до духовної практики є нічим іншим як залученням до світу смислів, а відкритість світу любові неможлива без визначення загальних основ смислової єдності життя, «які створюють для людини постійну величину, не підвладну часу. Слушно з цього приводу висловлюється дослідниця Волкова В., відзначаючи, що «антропологічною подією» є уже сам факт життя (буття людини, її присутності в світі), а тому «Життя» – це та інтеграційна категорія, за допомогою якої антропологічна сталість може бути досліджена в максимально допустимих стратегічних значеннях⁵ [12]. Зауважимо, що при такому філософському узагальненні правова реальність є лише частиною Життя, а всі образи людини в бутті права є нічим іншим як антропологічною константою, тобто фактом, свідченням постійної присутності в ньому людини.

Висновки. Розширення меж пізнання за допомогою використання міждисциплінарної компоненти, перехід на нові обрії узагальнення актуальних питань правознавства та юридичної практики дозволяє говорити про можливість віднесення до контексту філософсько-правового дискурсу феномена професійної адвокатської діяльності. Належить також визнати, що це лише перші спроби концептуалізувати професійну адвокатську діяльність у контекст філософсько-правового дискурсу, зокрема правової онтології та філософсько-правової антропології. Більше того, узагальнюючи, відзначимо, що: по-перше, у правову реальність, яка уособлює буття права, професійна адвокатська діяльність вписується на феноменологічній основі – вона є одним із інтенціональних проявів феномену відносин у форматі Я та Інший, а специфікою буттєвих проявів адвокатської діяльності є її діалогічність, взаємодія та інтерсуб'єктивність; по-друге, розуміння професійної адвокатської діяльності як одного із видів діяльності людини, виводимо із факту Життя як антропологічної сталості, а, для позначення змістовного ядра професійної адвокатської діяльності, обираємо поняття «антропологічна константа», в якому через образи людини в праві конкретизується факт її постійної присутності в світі Життя.

Анотація

Концептуалізація інтенціонального аналізу професійної адвокатської діяльності в контексті філософсько-правового дискурсу має не меті використання можливостей отримання інтегративного знання про обраний предмет дослідження на межі інтересів різних галузей знання, і філософії права зокрема. Намагатимемось довести думку про те, що: а) професійна адвокатська діяльність може бути цікавою для дослідника не лише як вид юридичної практики, а як наукова проблема в контексті зв'язку з правовою і філософською антропологією, онтологією та комунікативним підходом до права тощо; 2) на міжгалузевій платформі сучасного філософсько-правового дискурсу розроблятимуться такі питання теорії, які, на практиці, сприятимуть зміцненню соціального статусу адвокатури та її ролі як одного із важелів розвитку громадянського суспільства. Оскільки в попередніх наших публікаціях уже було задеклароване використання саме феноменологічного підходу як обраного для вивчення професійної адвокатської діяльності, то й цього разу будемо утримуватися від «наївної метафізичної претензії на вихід свідомості за власні межі чи до матеріальної, чи до ідеальної трансцендентальної реальності» (В. Кебуладзе), але, водночас, на цій основі, здійснимо спробу імплементувати обрану тему для дослідження у сучасний філософсько-правовий дискурс, у межах якого триває пошук нових можливостей для розгляду «старих» і нових проблем в контексті «посткласичної концепції зникаючого буття права» (Л. Честнов).

Summary

Conceptualization of intentional analysis of professional advocacy in the context of philosophical and legal discourse is not intended to use the possibilities of obtaining integrative knowledge about the chosen subject of study at the border of interests of different branches of knowledge of philosophy of law. We will try to prove the idea that 1) that professional advocacy can be interesting for the researcher not only as a type of legal practice, but a scientific problem in the context of legal and philosophical anthropology, ontology and communicative approach to law, etc.; 2) that on the intersectoral platform of modern philosophical and legal discourse such issues of theory will be developed, which in practice will help strengthen the social status of the bar and its role as one of the levers of civil society. Since previous publications have stated the use of the phenomenological approach as chosen for the study of professional advocacy, we will refrain from «naive metaphysical claim to the consciousness of consciousness beyond its own limits, either to material or to ideal transcendental reality» (V. Kebuladze), but at the same time, on this basis, we will try to implement the chosen topic in the problems of modern philosophy of law, which itself is looking for new opportunities to consider «old» and new problems in the context of «postclassical concept of the disappearing existence of law» (L. Chestnov).

⁵ Волкова В. О. Антропологические константы духовно-практического дискурса. *Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского*. 2009. № 1 (13). С. 93–94.

References:

1. Бакаянова Н. М. Функціональні та організаційні основи адвокатури України: дис. ... д-ра юрид. наук; 12.00.10. Одеса, 2017. 395 с.
2. Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського союзу та України: *автореф.* дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.10 Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого. Харків, 2016. 40 с.
3. Волкова В. О. Антропологические константы духовно-практического дискурса. *Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского*. 2009. № 1 (13). С. 92–99.
4. Максимов С. І. Філософія права як сфера співпраці юристів і філософів. *Проблеми філософії права*. 2003. Т. 1. С. 33–36.
5. Максимов С. И. Концепция правовой реальности. Постклассическая онтология права: *монография*. СПб.: Алетейя, 2016. С. 23–59.
6. Музика М. Феноменологія як пошук нових ірраціоналістичних тенденцій в осмисленні права. *Університетські наукові записки ХУУП ім. Л. Юзькова*. 2018, № 65. С. 136–149.
7. Павлов В. И. К вопросу об антропологическом типе правопонимания. *Правоведение*. 2015. № 4 (321). С. 71–97.
8. Поляков А. Энергийная антропология права и коммуникативный подход. Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма: сборн. научн. трудов. Минск: Акад. МВД, 2015. 243 с.
9. Постклассическая онтология права: *монография* под ред. И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016, 688 с.
10. Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания: *автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. 44 с.*
11. Тимошина Е. Классическое и постклассическое правопонимание как стили философско-правового мышления. Постклассическая онтология права: *монография*. СПб.: Алетейя, 2016. С. 218–294.
12. Цуркан- Сайфуліна Ю.В. Міждисциплінарна методологія в контексті права і влади. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 11 (261). С. 262–267.

Olga Zaiats,

Candidate of Law Sciences,

Associate Professor of Civil Law

Lviv State University of Internal Affairs

THE GENESIS OF THE DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION OF RELATIONS ON THE RESTORATION OF THE SITUATION THAT EXISTED BEFORE THE VIOLATION, AS A WAY OF THE PROTECTION OF CIVIL RIGHTS

Гене́за розви́тку право́вого регулюва́ння відно́син щодо відновле́ння стано́вища, яке існу́вало до пору́шення, як спосо́бу захи́сту циві́льних прав

Andriy Zhuk

Key words:

subjective civil right, protection of rights, method of protection, restoration of the situation that existed before the violation, restitution, codified acts of civil law.

Ключові слова:

суб'єктивне цивільне право, захист прав, спосіб захисту, відновлення становища, яке існувало до порушення, реституція, кодифіковані акти цивільного законодавства.

Вступ. Питання сутності, значення, природи та цінності суб'єктивних прав були об'єктами наукових досліджень протягом усього періоду розвитку юриспруденції загалом та цивілістики зокрема. Основною ідеєю захисту у контексті здійснення особою свого суб'єктивного права є закріплення на рівні імперативних приписів гарантій щодо усунення перешкод у реалізації цього права. При цьому результативність захисту суб'єктивних прав перш за все залежить від того, наскільки ефективними є механізми правового регулювання правозахисних відносин і чи побудовані ці вони на основоположних засадах верховенства права.

Враховуючи наведене **метою** цієї статті є з'ясування етапів становлення та розвитку такого дієвого способу захисту суб'єктивних цивільних прав, як відновлення становища, яке існувало до порушення права.

Уявлення про відновлення початкового становища особи як один зі способів захисту цивільних прав базуються на положеннях римського права. *Restitutio in integrum*, або відновлення початкового становища особи, за своєю сутністю було способом захисту, що застосовувався претором проти судового рішення. Реституції передувало попереднє з'ясування фактичних обставин справи. Для її застосування були потрібні три умови: наявність майнового або немайнового збитку, заподіяного певною дією; наявність у прохача підстави, що виправдовує реституцію; своєчасність прохання¹.

З урахуванням зазначеного робимо висновок про те, що уявлення про відновлення становища, яке існувало до порушення права, або *restitutio in integrum*, почали формуватися у період розквіту класичного римського приватного права (IV ст. до н.е.). За своєю сутністю відновлення становища, яке існувало до порушення, було, з одного боку, процесуальним засобом захисту порушених прав їх носія, що застосовувався претором у межах його адміністративних повноважень, а з іншого боку – матеріально-правовим способом захисту, що полягав у відновленні початкового становища заінтересованої особи, права якої були порушені, при чому її інтерес полягав насамперед у поверненні початкового стану, а не в компенсації матеріальної шкоди.

Щодо історичного аспекту розвитку відновлення становища, яке існувало до порушення права, в Україні, то насамперед зауважимо, що українська правова система формувалася під значним впливом положень римського права ще з часів Київської Русі. Прикладом можуть слугувати редакції Руської Правди, чимало положень яких мають безсумнівну схожість з положеннями римського приватного права у його візантійській інтерпретації, що свідчить про рецепцію окремих законів з візантійського (грецького) законодавства². Зокрема, способами захисту цивільних прав та інтересів у Руській Правді були: визнання

¹ Римское частное право: учеб. для бакалавров. Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М.: Издательство Юрайт, 2013. URL: <http://lib.maurfrib.kg/wp-content/uploads/novizkiy.pdf> (дата звернення: 23.11.2020).

² Римське приватне право. Курс лекцій. Львів, 2009. 136 с. URL: <http://www.info-library.com.ua/books-text-7622.html> (дата

права; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, що існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; відшкодування майнової і моральної шкоди¹.

Досить вагомим був вплив римського приватного права у законодавстві пізніших часів. Насамперед йдеться про Литовські статuti 1529, 1566 та 1588 років, які прийшли на зміну «Руській Правді». Аналіз Литовського Статуту 1529 р. хоча і свідчить про те, що окремих норм, присвячених відновленню становища, яке існувало до порушення права, у ньому не містилось, проте згадки про римську реституцію знаходимо у статтях, що присвячені правовому регулюванню опікунських відносин, відносин щодо добросусідства тощо. Як приклад можна навести положення артикулу 9 розділу 9 Литовського Статуту 1566 р., яке стосується випадків псування границі чужого володіння: «Якби шляхтич шляхтичу межу переорав, тоді за переорювання межі має заплатити три рублі грошей, а суду земському – пів-копи грошей, а границю або межу ним зіпсовану має перед врядом відновити»².

Якщо проаналізувати вищезазначене положення Литовського Статуту, то вбачається, що відновлення становища, яке існувало до порушення цих прав, було у цьому контексті заходом цивільно-правової відповідальності, який встановлювався імперативно і тому не вимагав додаткового закріплення рішенням суду. Разом з тим доцільно наголосити, що тогочасний інститут відновлення становища, яке існувало до порушення, був специфічним інструментом захисту порушених цивільних прав, спрямованим на повернення правовідносин до їх початкового стану.

Отже, вбачається, що інститут відновлення становища, що існувало до порушення, який був запозичений тогочасними законодавцями із класичного римського права, набув подальшого розвитку у контексті захисту цивільних прав та інтересів їх носіїв і в період перебування українських земель у складі спочатку Великого князівства Литовського, а згодом – Речі Посполитої (XIV–XVII ст.). При цьому варто зазначити, що в Литовських статутах відновлення становища, яке існувало до порушення права, було, по-перше, матеріально-правовою вимогою, зверненою до суду, а по-друге – заходом цивільно-правової відповідальності за порушення цивільних прав їх носіїв.

Ще одним доволі відомим кодифікованим актом цивільного законодавства були «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р., які розроблялися козацькою старшиною протягом багатьох років. Як вказується у джерелах, у «Правах, за якими судиться малоросійський народ» було кодифіковано правові норми Третього Литовського статуту, німецького права (Саксонського Зеркала, Хелмського та Магдебурзького права) та звичаєвого українського права, яке прирівнювалося до «закону неписаного»³. Аналізуючи норми «Прав, за якими судиться малоросійський народ», робимо висновок про те, що структурно та змістовно цей документ й справді нагадує Литовські статuti. Зокрема, в розділі 11 знаходимо п. 2 артикулу 10, у якому також йдеться про можливість особи після набуття нею повноліття у випадку незаконного відчуження опікуном її спадкового маєтку звернутися до суду з вимогою про відновлення становища, яке існувало до порушення, тобто повернути собі втрачене через протиправні дії опікуна нерухоме майно, за умови дотримання строку позовної давності – 10 років⁴.

Незважаючи на те, що «Права, за якими судиться малоросійський народ» так і не були санкціоновані та офіційно введені в дію, проте вони поширювалися в Україні у рукописних списках і де-факто були регуляторами суспільних відносин. Отже, можемо констатувати, що досліджуваний спосіб захисту порушених цивільних прав отримав своє закріплення і в законодавстві, що діяло на українських землях у період перебування їх у складі Російської імперії. При цьому цікавою є думка А. А. Бірюкова, яка зазначає, що для російської держави основний вплив римських правових норм настав на більш пізньому етапі (тут називають різний час, від петровських перетворень до другої половини XIX ст.), коли кодифікація законів була поставлена не тільки на систематичне, але і на наукове дослідження⁵. Отже, вбачається, що законодавство, що діяло на території українських земель, мало проєвропейську орієнтацію та було значно прогресивніше з огляду на рецепцію численних інститутів римського права, у тому числі й інституту відновлення становища, яке існувало до порушення.

звернення: 26.11.2020).

¹ Ермолаєв В. М. Принципи «Правди Руської» продовжують жити в правовій системі сучасної України // Проблеми законності. Харків: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2020, Вип. 150. С. 47.

² Статuti Великого князівства Литовського. У 3-х т. Т. II. Статут Великого князівства Литовського 1566. За ред. С. В. Ківалова, П. П. Музиченка, А. Панькова. Одеса: Юридична література, 2002. С. 358.

³ Яковлів А. І. Український кодекс 1743 р. «Права, по которым судится малороссийский народ»: його історія, джерела та систематичний виклад змісту. Мюнхен: Заграва, 1949. С. 50.

⁴ Права, за якими судиться малоросійський народ. Відп. ред. та авт. передм. Ю. С. Шемшученко; Упорядн. та авт. нарисів К. А. Вислобоков; Ред. кол.: О. М. Мироненко (голова), К. А. Вислобоков (відп. секретар), І. Б. Усенко, В. В. Цветков, Ю. С. Шемшученко. НАН України. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького; Інститут української археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського. К., 1997. С. 214.

⁵ Бірюков А. А. Рецепция римского частного права и сервитута в дореволюционной России // История государства и права. 2013. № 15. С. 12.

У процесі дослідження історичних аспектів розвитку законодавства, що закріплювало відновлення становища, яке існувало до порушення, неможливо залишити поза увагою ще один досить відомий кодифікований акт кінця XVIII ст., а саме Цивільний кодекс Східної Галичини 1797 р., який, як зазначають дослідники, є одним із перших кодифікованих актів цивільного права на території не лише України та Європи, але і світу⁶.

Проаналізувавши зміст кодексу, робимо висновок про те, що правовому закріпленню інституту відновлення становища, яке існувало до порушення, присвячено не просто деякі положення кодексу, а ціла глава XIX. Так, згідно цієї глави, крім тих випадків, які визначає процесуальний кодекс щодо відновлення в початковий стан, закон у деяких особливих випадках надає цей привілей тим, кому в їх праві було заподіяно шкоду. Цими особливими випадками є, по-перше, якщо особа, ставши повнолітньою, зможе довести, що по відношенню до неї було здійснено будь-яке діяння, яке завдало шкоди, в той час, як вона була неповнолітньою; по-друге, якщо будь-хто внаслідок невинуватої відсутності потерпить шкоду. Далі кодекс зазначає, що і в першому, і в другому випадках відновлення в початкове становище матиме місце тільки у разі дотримання визначеної умови. По-перше, відновлення в початкове становище слід вимагати протягом двох років з моменту набуття повноліття або з моменту повернення; по-друге, завдана шкода повинна бути тяжкою і значною. Позов про відновлення в початкове становище, як і всі позови, повинен бути поданий у присутності компетентного судді і ним розглянутий. Якщо комусь належить позов про відновлення в початковий стан, нехай йому буде дозволено вимагати, щоб його право чи майно було відновлено в тому становищі, в якому воно було до заподіяння шкоди, чи вимагати відшкодування шкоди за його майно чи право. Усі наявні у відповідача заперечення, які ґрунтуються на його добросовісному володінні, можуть бути корисними. Спадкоємці можуть вимагати відновлення в попереднє становище тільки в тій мірі, в якій до них перейшли права чи майно, що є предметом вимоги⁷.

Отже, робимо висновок про те, що Цивільний кодекс Східної Галичини 1797 р. забезпечив досить детальне правове регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням такого способу захисту цивільних прав, як відновлення становища, що існувало до порушення. Зокрема, основною підставою для можливості його застосування кодекс визначав заподіяння шкоди особі внаслідок порушення її суб'єктивного права. При цьому, крім визначення підстави застосування реституції, кодекс закріплював дві основні категорії осіб, які можуть звернутись до суду із вимогою про відновлення в початкове становище, серед яких повнолітні особи, яким було завдано шкоди внаслідок порушення належних їм цивільних прав у період їхнього неповноліття, та особи, яким було завдано шкоди внаслідок порушення належних їм цивільних прав у період їхньої законної відсутності.

Більше того, нормами кодексу було чітко регламентовано й умови, від дотримання яких залежить можливість звернення до суду з вимогою відновити початковий стан. Це, зокрема: 1) дотримання строку позовної давності, який становив два роки з моменту набуття особою повноліття або з моменту її повернення; 2) заподіяна особі шкода повинна бути тяжкою і значною; при цьому критеріїв визначення тяжкості та значності шкоди не надається, з огляду на це вважаємо, що вони визначалися на розсуд суду. Змістом матеріально-правової вимоги могло бути безпосереднє відновлення початкового стану, що існував до порушення цивільного права особи, або ж, у випадку неможливості такого відновлення – еквівалентне відшкодування вартості втраченого майна чи порушеного права.

Також можливість відновлення становища, яке існувало до порушення, надавалась і в інших випадках. Зокрема, п. 66 частини II глави II кодексу говорить про те, що у випадку заподіяння шкоди проти порочного володільця (згідно п. 65 частини II глави II порочним визнавався володільць, який володів певним майном незаконно і недобросовісно) подається позов про відновлення початкового становища і про відшкодування шкоди. При цьому суду надається можливість за наявності підстав прийняти рішення про застосування обох заходів, якщо у позивача щодо речі не буде іншої, більш сильної вимоги, яка може йому належати⁸.

З урахуванням вищевказаного є усі підстави стверджувати про винятково прогресивний характер положень Цивільного кодексу Східної Галичини у частині забезпечення суб'єктам цивільного права можливості захисту належних їм прав та інтересів шляхом відновлення становища, що існувало до порушення. Значення цього важко переоцінити, адже Цивільний кодекс Східної Галичини 1797 року першим в історії українського законотворення закріпив самостійність досліджуваного способу захисту цивільних прав, вклавши у його зміст запозичений із положень класичного римського права принцип *restitutio in integrum*, основною метою якого було не відшкодування шкоди, завданої порушенням цивільного права, а повернення правовідносин до того стану, в якому вони існували до цього порушення. Крім цього, проаналізу-

⁶ Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академ. курс: підруч. К.: Атика, 2005. С. 29.

⁷ Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali MDCCXCVII. Пер. с лат. А. Гужвы; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. С. 535.

⁸ Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali MDCCXCVII. Пер. с лат. А. Гужвы; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. С. 143.

вавши норми кодексу, можемо констатувати, що відновлення становища, що існувало до порушення, було єдиним способом захисту цивільних прав та інтересів, порядок реалізації якого отримав деталізоване правове регулювання, з огляду на що робимо об'єктивний висновок про важливе значення відновлення становища, що існувало до порушення, у системі способів захисту цивільних прав.

Ще одним кодифікованим актом, який зберіг традицію правового закріплення досліджуваного способу захисту цивільних прав, був «Збірник малоросійських прав» 1807 р. Так, у розділах, що регулюють відносини щодо опіки, укладення договорів, повернення майна, знаходимо норми про неодноразово згадуване вище право повнолітніх шляхом звернення до суду повернути своє майно, яке вони втратили у період неповноліття¹. Проте, як вбачається, вказаний кодифікований акт не деталізував порядок здійснення цього способу захисту, що свідчить про відсутність розвитку правового регулювання відносин щодо відновлення становища, що існувало до порушення, з часів розроблення «Прав, за якими судиться малоросійський народ», які своєю чергою ґрунтувались на положеннях Литовських статутів.

Наступний етап розвитку правового регулювання відносин щодо відновлення становища, яке існувало до порушення, пов'язаний із входженням України до складу СРСР та початком активної законотворчої діяльності, результатом якої стало прийняття у 1922 р. Цивільного кодексу УРСР, який за своїм змістом та структурою був точною копією Цивільного кодексу СРСР 1922 р.: він складався з загальної частини та трьох розділів «Речове право», «Зобов'язальне право», «Спадкове право», які містили 435 статей.

Як вказується з цього приводу у юридичній літературі, у цілому більшовики не визнавали приватного права, але під час НЕПу (періоду, під час якого був прийнятий ЦК УРСР – курсив наш – А. Ж.) пішли на тимчасовий відступ. Цивільні права захищалися законом, але якщо вони не суперечили їх соціально-економічному призначенню. Цей критерій дозволяв судам сваволі, і суд міг анулювати права. принципу законності протиставлявся принцип доцільності, що у свою чергу призводило до правового нігілізму².

Аналіз положень ЦК УРСР 1922 р. свідчить про те, що вони були спрямовані перш за все на захист соціалістичної власності, а не людини, її прав та інтересів. Це підтверджується тим, що у кодексі відсутні окремі норми, які б закріплювали конкретні способи захисту цивільних прав, а єдиним положенням у цьому контексті була ст. 2, яка визначала, що спори про цивільне право розв'язуються судовим порядком. Відмова від права звернення до суду не дійсна. З цього робимо висновок про відсутність на той час розгалуженої системи способів захисту цивільних прав, що в цілому відповідало змісту суспільних відносин, які розвивались в умовах започаткованого зі створенням СРСР процесу формування адміністративно-командної системи державного управління.

Незважаючи на це, тогочасний законодавець все ж присвятив увагу відновленню становища, яке існувало до порушення. Так, у ст. 410 ЦК УРСР, яка міститься у главі XIII «Зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння іншому шкоди», йдеться про те, що відшкодування повинно полягати у відновленні попереднього стану, а оскільки таке відновлення неможливе – у відшкодуванні заподіяних збитків. З цього вбачається, що досліджуваний спосіб захисту застосовувався внаслідок завдання шкоди іншій особі і полягав у її усуненні шляхом відновлення пошкодженого майна чи становища, яке існувало до завдання шкоди.

Крім того, знаходимо положення, в яких повернення становища, яке існувало до порушення, було й одним із наслідків визнання договорів недійсними (ст. 148–151). Це свідчить про те, що хоч інститут реституції і був запозичений у цивільне законодавство радянського періоду із римського права, проте підстави та умови застосування його як способу захисту цивільних прав у порівнянні із попередніми кодифікаціями цивільного законодавства були докорінно змінені. На нашу думку, зміна підходів до розуміння правової природи відновлення становища, яке існувало до порушення права, зокрема, сприйняття його як наслідку визнання правочину недійсним, перш за все пов'язано з тим, що положення римського права у процесі його запозичення піддавалося численним тлумаченням та трансформаціям, які були історично зумовленими та необхідними для пристосування римського права до розвитку нових суспільно-економічних відносин.

Аналогічний підхід щодо закріплення реституції як наслідку визнання договорів недійсними збережено і в наступному ЦК УРСР 1963 р. Так, ч. 2 ст. 48 цього кодексу «Недійсність угоди, яка не відповідає вимогам закону» визначала, що по недійсній угоді кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні все одержане за угодою, а при неможливості повернути одержане в натурі – відшкодувати його вартість у грошах, якщо інші наслідки недійсності угоди не передбачені законом. При цьому інших випадків, за яких застосовувалося б відновлення становища, що існувало до порушення, кодексом не було передбачено. Водночас надзвичайно важливими були положення ст. 6 ЦК УРСР, яка вперше в історії вітчизняного цивільного законодавства закріпила перелік способів захисту цивільних прав, а також визначила відновлен-

¹ Собрание малороссийских прав 1807 г. Ред. кол.: А. Н. Мироненко (предс.), К. А. Вислобоков (отв. секр.), И. Б. Усенко, В. В. Цветков, Ю. С. Шемшученко; Отв. ред.: Б. М. Бабий, А. Н. Мироненко; Авт. предисл. К. А. Вислобоков; Составит.: К. А. Вислобоков, А. П. Ткач, И. Б. Усенко, В. А. Чехович. АН Украины. Археографическая комиссия, Институт государства и права им. В. М. Корецкого, Институт украинской археографии. К.: Наукова думка, 1993. С. 76, 100, 323.

² Алієва-Барановська В. Коротка історія Цивільних кодексів України // Юридична Україна. 2015. № 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2015_3_3 (дата звернення: 28.11.2020).

ня становища, яке існувало до порушення права, одним із них. На нашу думку, значення цього важко переоцінити, адже вказана норма нарешті визнала за особою перелік правомочностей із захисту належних їй цивільних прав, чим гарантувала їх безперешкодне здійснення та відновлення у випадку порушення, і фактично поклала початок формуванню тієї системи способів захисту цивільних прав та інтересів, яка знаходить своє відображення у ч. 2 ст. 16 ЦК України.

Висновок. Підсумовуючи дослідження історичних аспектів розвитку цивільного законодавства щодо правового закріплення відновлення становища, яке існувало до порушення, необхідно зауважити, що перші згадки про цей спосіб захисту цивільних прав та інтересів, сягають ще IV ст. до н.е., а його застосування було прерогативою преторів як носіїв адміністративних повноважень, які використовували відновлення становища, що існувало до порушення, який у той час носив назву «*restitutio in integrum*», для захисту порушених прав неповнолітніх.

Як інститут класичного римського права відновлення становища, яке існувало до порушення, було запозичене практично усіма кодифікованими актами цивільного законодавства, що діяло на історичних українських землях, зокрема, «Руською Правдою», Литовськими статутами, «Правами, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р., Цивільним кодексом Східної Галичини 1797 р., «Збірником малоросійських прав» 1807 р., ЦК УРСР 1922 р. і 1963 р. При цьому найбільш детальне правове регулювання відносини щодо відновлення становища, яке існувало до порушення, отримали у положеннях Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р., який першим в історії українського законотворення закріпив самостійність досліджуваного способу захисту цивільних прав, вклавши у його зміст запозичений із положень класичного римського права принцип *restitutio in integrum*, основною метою якого було не відшкодування шкоди, завданої порушенням цивільного права, а повернення правовідносин до того стану, в якому вони існували до цього порушення.

Також слід констатувати, що первинним змістом реституції, який знаходив своє відображення у нормах римського права, було відновлення майнового становища повнолітньої особи, яка зазнала певних матеріальних втрат у неповнолітньому віці. При цьому такий підхід до розуміння досліджуваного способу захисту цивільних прав був збережений у законодавстві, яке діяло на українських землях, протягом багатьох століть. Проте після прийняття першого Литовського статуту 1529 р., а згодом і наступних, тогочасний законодавець пов'язував можливість застосування інституту реституції не тільки зі спричиненням несприятливих майнових наслідків неповнолітньому, а й із порушенням правил добросусідства, внаслідок чого особа, яка заподіяла шкоду іншому, повинна була повернути початковий стан зіпсованого майна, і такий підхід до розуміння правової природи відновлення становлення, що існувало до порушення, був збережений у найбільш відомих кодифікаціях цивільного законодавства протягом тривалого часу аж до радянського періоду, коли реституція почала визнаватися основним наслідком недійсності правочинів. У такому значенні інститут римської реституції закріплений і в положеннях ЦК України. Отже, із вказаного вбачається, що розуміння сутності відновлення становища, яке існувало до порушення, від його першої появи у положеннях римського права до закріплення цього способу захисту цивільних прав у нормах чинного законодавства зазнало суттєвої трансформації, що було зумовлене необхідністю адаптації інститутів римського права до специфіки суспільно-економічних відносин кожного історичного періоду.

Анотація.

У статті акцентовано увагу на з'ясуванні етапів становлення та розвитку такого способу захисту суб'єктивних цивільних прав, як відновлення становища, яке існувало до порушення права. На основі дослідження історичних аспектів розвитку цивільного законодавства щодо правового закріплення відновлення становища, яке існувало до порушення, встановлено, що перші згадки про цей спосіб захисту цивільних прав та інтересів, сягають ще IV ст. до н.е., а його застосування було прерогативою преторів як носіїв адміністративних повноважень, які використовували відновлення становища, що існувало до порушення, який у той час носив назву «*restitutio in integrum*», для захисту порушених прав неповнолітніх. Як інститут класичного римського права відновлення становища, яке існувало до порушення, було запозичене практично усіма кодифікованими актами цивільного законодавства, що діяло на історичних українських землях.

Зроблено висновок, що після прийняття першого Литовського статуту 1529 р., а згодом і наступних, тогочасний законодавець пов'язував можливість застосування інституту реституції не тільки зі спричиненням несприятливих майнових наслідків неповнолітньому, а й із порушенням правил добросусідства, внаслідок чого особа, яка заподіяла шкоду іншому, повинна була повернути початковий стан зіпсованого майна, і такий підхід до розуміння правової природи відновлення становлення, що існувало до порушення, був збережений у найбільш відомих кодифікаціях цивільного законодавства протягом тривалого часу аж до радянського періоду, коли реституція почала визнаватися основним наслідком недійсності правочинів. У такому значенні інститут римської реституції закріплений і в положеннях ЦК України.

Summary.

The article focuses on clarifying the stages of formation and development of such a way of protection of subjective civil rights as the restoration of the situation that existed before the violation of the right. Based on

a study of historical aspects of the development of civil law on the legal consolidation of the restoration of the situation that existed before the violation, it is established that the first mention of this method of protection of civil rights and interests dates back to IV century BC, and its use was the prerogative of the praetors as holders of administrative authority, who used the restoration of the situation that existed before the violation, which at that time was called «restitutio in integrum», to protect the violated rights of minors. As an institution of classical Roman law, the restoration of the situation that existed before the violation was borrowed by almost all codified acts of civil law in force in the historical Ukrainian lands.

It is concluded that after the adoption of the first Lithuanian statute of 1529, and later the following, the legislator linked the possibility of restitution not only with causing adverse material consequences to minors, but also with violation of the rules of good neighborliness, as a result, a person who harmed another had to restore the original condition of the damaged property, and this approach to understanding the legal nature of the restoration of the situation that existed before the violation was preserved in the most famous codifications of civil law for a long time until the Soviet period, when restitution began to be recognized as the main consequence of the invalidity of transactions. In this sense, the institution of Roman restitution is enshrined in the provisions of the Civil Code of Ukraine.

References:

1. Римское частное право: учеб. для бакалавров. Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М.: Издательство Юрайт, 2013. URL: <http://lib.maupfb.kg/wp-content/uploads/novizkiy.pdf> (дата звернення: 23.11.2020).
2. Римське приватне право. Курс лекцій. Львів, 2009. 136 с. URL: <http://www.info-library.com.ua/books-text-7622.html> (дата звернення: 26.11.2020).
3. Ермолаєв В. М. Принципи «Правди Руської» продовжують жити в правовій системі сучасної України // Проблеми законності. Харків: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2020, Вип. 150. С. 33–52.
4. Статути Великого князівства Литовського. У 3-х т. Т. II. Статут Великого князівства Литовського 1566. За ред. С. В. Ківалова, П. П. Музиченка, А. Панькова. Одеса: Юридична література, 2002. 558 с.
5. Яковлів А. І. Український кодекс 1743 р. «Права, по которым судится малороссийский народ»: його історія, джерела та систематичний виклад змісту. Мюнхен: Заграва, 1949. 210 с.
6. Права, за якими судиться малоросійський народ. Відп. ред. та авт. передм. Ю. С. Шемшученко; Упорядн. та авт. нарису К. А. Вислобоков; Ред. кол.: О. М. Мироненко (голова), К. А. Вислобоков (відп. секретар), І. Б. Усенко, В. В. Цветков, Ю. С. Шемшученко. НАН України. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького; Інститут української археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського. К., 1997. 548 с.
7. Бирюков А. А. Рецепция римского частного права и сервитуты в дореволюционной России // История государства и права. 2013. № 15. С. 12–14.
8. Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академ. курс: підруч. К.: Атіка, 2005. 560 с.
9. Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali MDCCXCVII. Пер. с лат. А. Гужвы; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса, 2013. 536 с.
10. Собрание малороссийских прав 1807 г. Ред. кол.: А. Н. Мироненко (предс.), К. А. Вислобоков (отв. секр.), И. Б. Усенко, В. В. Цветков, Ю. С. Шемшученко; Отв. ред.: Б. М. Бабий, А. Н. Мироненко; Авт. предисл. К. А. Вислобоков; Составит.: К. А. Вислобоков, А. П. Ткач, И. Б. Усенко, В. А. Чехович. АН Украины. Археографическая комиссия, Институт государства и права им. В. М. Корецкого, Институт украинской археографии. К.: Наукова думка, 1993. 368 с.
11. Алієва-Барановська В. Коротка історія Цивільних кодексів України // Юридична Україна. 2015. № 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2015_3_3 (дата звернення: 28.11.2020).

Andriy Zhuk,

postgraduate student of the Academician F. H. Burchak Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of National Academy of Law Sciences of Ukraine

THE MECHANISM OF APPLICATION OF THE RESERVATION ON PUBLIC ORDER AS THE BASES OF REFUSAL IN RECOGNITION AND EXECUTION OF FOREIGN JUDICIAL AND ARBITRATION DECISIONS: INTRODUCTION TO PROBLEMS

Механізм застосування застереження про публічний порядок як підстави відмови у визнанні і виконанні іноземних судових та арбітражних рішень: вступ до проблематики

Myhailo Latynskyi

Keywords:

публічний порядок, іноземні судові та арбітражні рішення, міжнародне приватне право, визнання і виконання іноземних рішень, основи правопорядку.

Ключові слова:

public policy, foreign court decisions and arbitration awards, private international law, recognition and enforcement of foreign decisions, the foundations of law and order

Постановка проблеми. Виключність та специфіка застосування юрисдикційним органом застереження про публічний порядок при обмеженні дії в країні суду (арбітражу) норм іноземного права, як було встановлено нами вище, пов'язується з встановленням таким органом явної несумісності (суперечності) наслідків звернення до іноземної норми з принципами та нормами, що становлять суть відповідного публічного порядку. У своїй основі такий ж причинно-наслідковий зв'язок та правозастосовна логіка закладені й у застосування застереження про публічний порядок як підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземних судових та арбітражних рішень, а отже й встановлюваних, змінюваних чи припинюваних ними прав та обов'язків, з низкою характерних особливостей, що стануть предметом подальшого аналізу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання механізму застосування застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві досліджувався вітчизняними та зарубіжними науковцями, зокрема А. Я. Белоглазев, Є. Д. Боярський, І. І. Власюк, І. Н. Звягіна, О. Н. Нагуш, П. Франзіна та інші.

У зв'язку з вищевикладеним, **метою статті** є аналіз прийнятих в Україні та країнах ЄС нормативних підходів до визначення змісту і умов застосування застереження про публічний порядок як підстави відмови у визнанні і виконанні іноземних судових і арбітражних рішень.

Виклад основного матеріалу дослідження. Важливою відмінністю між двома основними механізмами застосування застереження про публічний порядок є те, що при застосуванні застереження про публічний порядок для відмови у застосуванні норм іноземного права, утворюється правовий вакуум, який повинен бути заповнений, наприклад, шляхом звернення до права країни суду¹, тоді як при відмові у визнанні і виконанні іноземних судових або арбітражних рішень такої проблеми не постає – юридичні наслідки, пов'язані з цими правозастосовними актами не настають у межах визначеної юрисдикції у зв'язку з встановленням судом потенційним порушенням публічного порядку. Таке порушення публічного порядку повинно бути належним чином обґрунтоване судом, що й зумовлює інтерес до визначення підстав та умов застосування застереження про публічний порядок в окреслених випадках.

Кортаут Т., у своєму об'ємному монографічному дослідженні публічного порядку ЄС, наголошує на тому, що міжнародний публічний порядок є класичним захисним механізмом, запровадженим у національних системах міжнародного приватного права, дозволяючи державі не допускати застосування іноземних правових норм, що є цілком несумісними з фундаментальними цінностями національного правопорядку, а також перешкоджати виконанню іноземних судових рішень, прийнятих відповідно до таких норм. У зв'язку з цим вчений відокремлює процеси гармонізації положень права ЄС, пов'язаних із дією

¹ Галущенко Г. В. Підстави відмови в застосуванні іноземного права. *Юридична наука*. 2014. № 8. С. 133.

застереження про публічний порядок у питаннях юрисдикції, визнання та виконання іноземних рішень (як судових, так і арбітражних), та правових норм конфліктного (колізійного) права¹.

Закономірно, що такий висновок відображає усталену реальність відмінності від загальних приписів колізійного права правових джерел або їх розділів, у нормах яких закріплюються положення щодо застосування застереження про публічний порядок при відмові у визнанні та виконанні іноземних судових та арбітражних рішень, що прослідковується не лише в юрисдикціях країн-членів ЄС, але й у інших розвинених державах світу. До прикладу, в Законі України «Про міжнародне приватне право»² відсутні вказівки на застосування аналізованого застереження по відношенню до іноземних рішень. Натомість суперечність публічному порядку визнання та виконання іноземного арбітражного рішення як підстави для відмови у вчиненні відповідних дій національним судом закріплюється на рівні абз. 2 п. 2 ч. 1 ст. 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»³ та у пп. 6 п. 2 ч. 1 ст. 478 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)⁴. Це положення міститься й насамперед у ст. V(2)(b) Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року⁵, членом якої є й Україна, та яка заклала підвалини для функціонування єдиної міжнародної системи визнання і виконання іноземних арбітражних рішень, вплинувши на наведені положення українського законодавства.

Питання визнання і виконання іноземних судових рішень також регулюються ЦПК України, проте серед підстав для відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, визначених ст. 468 цього Кодексу, відсутнє посилання на застереження про публічний порядок. Найближчим до нього можна вважати посилання на таку підставу для відмови у визнанні і виконанні іноземного судового рішення як те, що виконання рішення загрожувало б інтересам України (п. 7 ч. 2 ст. 468 ЦПК України). Така ж підстава існувала й у Законі України «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів»⁶, що втратив чинність у 2005 році. При цьому, очевидно, що загальновизнана категорія міжнародного публічного порядку та нормативно закріпленого концепту «інтересів України» є далеко не тотожними, перебуваючи на різних рівнях наукового осмислення і практичного використання, не кажучи про сумнівність самої відмови у визнанні і виконанні іноземного судового рішення, якщо воно суперечить невизначеній і загалом незрозумілій концепції інтересів держави. Вважаємо, що саме існування такої підстави, на противагу, у контексті праворозуміння, достатньо визначеній, та уніфікованій на міжнародно-правовому рівні категорії публічного порядку, є застарілим та потребує внесення відповідних змін у текст ст. 468 ЦПК України.

Поруч з ЦПК України, для України обов'язковими є положення Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року (набрала чинності для України у 1995 році)⁷ та Угодою про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності 1992 року⁸, обидві з яких діють в межах СНД, і також не передбачають застосування застереження про публічний порядок як підстави для відмови у визнанні і виконанні іноземних судових рішень. Серед таких підстав не наводиться й суперечність інтересам запитуваної держави чи подібні до цього положення.

Варто відзначити, що згідно з прес-релізом Міністерства юстиції України, наша держава також підписала (але ще не ратифікувала) Конвенцію про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах, прийняту 2 липня 2019 року за результатами 22-ї Дипломатичної сесії Ради з загальних справ та політики Гаазької конференції з міжнародного приватного права (далі – Конвенція 2019 року). Мінюст вказує на те, що «Конвенція є підсумком інтенсивної роботи протягом 2016–2019 років утвореної з цією метою Спеціальної комісії, чому передували майже два десятиріччя пошуку оптимальних шляхів розробки взаємоприйняттого міжнародного інструменту щодо визнання і виконання іноземних судових рішень. Конвенція є універсальним багатостороннім документом, що закріплює для держав, які стануть її Сторонами, загальні правила, за яких гарантується взаємне визнання і виконання судових рішень у

¹ Corthaut T. EU Ordre Public. Netherlands: Wolters Kluwer, 2012. P. 146.

² Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 32. Ст. 422.

³ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 25. Ст. 198.

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Офіційний вісник України*. 2004. № 16. Ст. 1088.

⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. URL: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf

⁶ Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів: Закон України від 29.11.2001 р. № 2860-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 10. Ст. 76.

⁷ Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах. *Офіційний вісник України*. 2005. № 44. Ст. 2824.

⁸ Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності. *Офіційний вісник України*. 2005. № 12. Ст. 587.

цивільних або комерційних справах»⁹. На сьогодні Конвенцію 2019 року підписали лише 2 держави – Україна та Уругвай¹⁰, вона не набрала чинності для жодної з держав світу, а сам текст Конвенції поки офіційно не опубліковано українською мовою. Цікавою для нас є ст. 7 згаданої Конвенції (посилаємось на текст англійською мовою, опублікований на веб-сайті Гаазької конференції¹¹), в якій передбачається, що у визнанні і виконанні іноземного судового рішення може бути відмовлено, зокрема, якщо: «визнання або виконання є явно несумісним з публічним порядком запитуваної держави, включаючи ситуації, коли певні процедури, що передували винесенню судового рішення, були несумісними з фундаментальними принципами процесуальної справедливості такої держави, а також ситуації, що загрожують безпеці та суверенітету такої держави.» Таке ж формулювання закріплено у ст. 9(е) Конвенції про угоди про вибір суду 2005 року (підписана, але не ратифікована Україною), щоправда в українському перекладі мова, в результаті хибного перекладу, йде про «державну політику», а не публічний порядок (*public policy*)¹².

Право ЄС також регламентує питання застосування застереження про публічний порядок як підстави відмови у визнанні і виконанні іноземних судових рішень. Так, відповідно до ст. 27(1) Брюссельської конвенції з питань юрисдикції та примусового виконання судових рішень щодо цивільних і комерційних спорів 1968 року¹³ рішення не підлягає визнанню, якщо воно суперечить публічному порядку держави, в якій таке визнання запитується. Регламент (ЄС) № 44/2001 про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах («Брюссель I»)¹⁴ (не застосовується до справ щодо оподаткування, митних та адміністративних правовідносин¹⁵) у ст. 34(1) детальніше підходить до цього питання, встановлюючи, що судові рішення не визнаються, якщо подібне визнання явно суперечить публічному порядку тієї держави, в якому визнання має вступити в силу. Норма ст. 26(б) Регламенту (ЄС) № 1346/2000 про провадження у справах про неплатоспроможність¹⁶ передбачає, що будь-яка держава-член може відмовити у визнанні провадження у справі про неплатоспроможність, відкритому в іншій державі-члені, або у виконанні судового рішення, винесеного в контексті таких проваджень, якщо наслідки такого визнання або примусового виконання будуть явно суперечити публічному порядку цієї держави, зокрема її основним принципам або конституційним правам та свободам особи. Регламент (ЄС) № 2201/2003 стосовно юрисдикції та визнання і виконання судових рішень у сімейних справах та у справах про батьківські зобов'язання («Брюссель II»)¹⁷ також оперує поняттям «явної несумісності» публічному порядку судових рішень, пов'язаних із розлученням, сепарацією та анулюванням шлюбу, а стосовно рішень, пов'язаних із батьківськими обов'язками додає необхідність взяття до уваги судом запитуваної країни інтересів дитини (ст. 22(a) та ст. 23(a)). Ст. 24(a) найновішого серед наведених Регламенту (ЄС) № 4/2009 щодо юрисдикції, застосовного права, визнання та виконання рішень та співпраці у справах, що стосуються аліментних зобов'язань¹⁸ закріплює відмову у визнанні судового рішення, якщо таке визнання явно суперечить публічному порядку держави-члена, в якій виконання запитується. При цьому додається, що перевірка відповідності судового рішення публічному порядку може не здійснюватися щодо норм, які стосуються юрисдикції.

⁹ Україна підписала Конвенцію про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах. URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/ukraina-pidpisala-konventsiju-pro-viznannya-ta-vikonannya-inozemnih-sudovih-rishen-u-tsvivilnih-abo-komertsijnih-spravah>

¹⁰ Status Table. Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>

¹¹ Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (Concluded 2 July 2019). URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>

¹² Конвенція про угоди про вибір суду (Витяг із Заключного Акта Двадцятої Сесії, підписаного 30 червня 2005 року). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_004#Text

¹³ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters. Consolidated version CF 498Y0126(01). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29>

¹⁴ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001R0044>

¹⁵ Макаруха З. М. Юрисдикція, визнання та виконання судових рішень у цивільних справах транснаціонального характеру в рамках Європейського Союзу. *Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження»*. 2009. № 1. С. 48.

¹⁶ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32000R1346>

¹⁷ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003R2201>

¹⁸ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TEXT/?uri=CELEX:32009R0004>

Як було проілюстровано вище, міжнародно-правові акти, пов'язані з визнанням і виконанням іноземних судових та арбітражних рішень, що були прийняті у 60-70-х роках минулого століття, у питаннях суперечності таких рішень публічному порядку запитуваної держави є вкрай лаконічними, встановлюючи лише загальне правило і відповідну підставу відмови у їх визнанні і виконанні за умови суперечності публічному порядку. Натомість новіші джерела, зокрема Регламент Брюссель I та цілком новий міжнародно-правовий інструмент – Конвенція 2019 року, пішли шляхом уточнення аналізованої підстави, вказуючи на «явну несумісність» публічному порядку визнання і виконання іноземного судового рішення. Таким чином відбулась рецепція загальнотеоретичних напрацювань і підходів до визначення концепції суперечності публічного порядку, прийнятої в конфліктному праві, де юрисдикційний орган при відмові у застосуванні іноземної норми повинен довести та обґрунтувати явну, очевидну, грубу несумісність наслідків дії такої норми із прийнятим у державі змістом міжнародного публічного порядку. У світлі цього попередньо, в іншому дослідженні, ми відзначали, що для встановлення явної несумісності наслідків застосування іноземної правової норми публічному порядку юрисдикційний орган повинен враховувати природу, характер і важливість відповідних правовідносин для *lex fori*, обставини, які свідчать про ступінь їх зв'язку з правом країни суду, в кожній конкретній справі обґрунтовано передбачати, наскільки серйозними та значущими для публічного порядку стануть наслідки застосування норми права іншої держави. Звертаючись до національного законодавства держав Європи, можна навести формулювання ст. 328(1)(4) ЦПК Німеччини¹, згідно з якою визнання судового рішення, винесеного іноземним судом, виключається, якщо визнання рішення призвело б до результату, який, очевидно, був би несумісним із основними принципами німецького законодавства, і зокрема, якщо визнання не сумісне з основними правами.

У контексті ж характеристики концепції «явної несумісності» при застосуванні застереження про публічний порядок як підстави відмови у визнанні і виконанні іноземних судових і арбітражних рішень, Покар Ф. підкреслює, що визнання та виконання запитуваного рішення повинно конституювати явне порушення норми права, що вважається основоположною для держави, в якій запитується виконання рішення, або порушення права, що визнається як фундаментальне в рамках відповідного правопорядку². Отже, вже з цього визначення можливо виокремити факт суперечності визнання або виконання іноземного судового рішення публічному порядку запитуваної держави з огляду на два різних потенційних наслідки такого визнання чи виконання: 1) порушення норми права, що відноситься до основоположних правових принципів запитуваної держави, а отже належить до її публічного порядку; 2) порушення фундаментального права, гарантованого правовою системою запитуваної держави. У Переглянутому проекті пояснювального звіту до Конвенції 2019 року також відзначається, що означення несумісності як явної є високим порогом, призначеним для забезпечення визнання та виконання рішень держав іншими державами, якщо немає вагомих причин, пов'язаних із публічним порядком, не робити цього в конкретному випадку. Стверджується, що слово «явно» використовувалось у попередніх судових рішеннях, щоб перешкодити зловживанню застереженням про публічний порядок та обмежити його використання ситуаціями, коли визнання та приведення до виконання рішення призвели б до «неприйнятного результату»³.

Дослідники підкреслюють, що концепт публічного порядку, прийнятий у праві ЄС та закріплений, серед іншого, у Регламенті «Брюссель I», має два аспекти: процесуальний та матеріальний. Процесуальний аспект охоплює «якість процедури», що в деяких правових системах, зокрема в США, описується через конструкцію «сумісності з належним процесом» (*compatibility with the due process*), а в інших (Англія, Канада) у термінах відповідності принципам природної справедливості (*natural justice*). Загалом ж визначається, що важко передбачити, які саме питання можуть належати до процесуального публічного порядку при відмові у визнанні і виконанні іноземного рішення, але загальним орієнтиром виступають ознаки, які «суперечать фундаментальним принципам, що визнаються належним та справедливим у державі, де запитується виконання»⁴.

Висновки. Отже, сучасний стан нормативного регулювання застосування застереження про публічний порядок є достатньо уніфікованим на національному, міжнародному рівнях та у праві ЄС. Ключовою відмінністю є тенденція закріплювати в новіших правових актах базову умову, яка повинна бути дотримана для застосування застереження про публічний порядок як підстави для відмови у визнанні і виконанні іноземних судових і арбітражних рішень, а саме явна несумісність наслідків такого визнання і виконання публічному порядку запитуваної держави.

¹ Zivilprozessordnung. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>

² Explanatory Report by Professor Fausto Pocar to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007, OJ 2009/C 319/01. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52009XG1223%2804%29>

³ Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report. Prel. Doc. No 1 of December 2018. URL: <https://assets.hcch.net/docs/7d2ae3f7-e8c6-4ef3-807c-15f112aa483d.pdf>

⁴ Trocker N. Procedural Differences, Ordre Public and Recognition of Foreign Judgments – An Impressionistic Account. *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public* / ed. by R. Stürner, M. Kawano. 2011. P. 279-280.

Анотація.

У статті досліджено особливості нормативного закріплення та основні умови застосування застереження про публічний порядок як підстави відмови у визнанні і виконанні іноземних судових та арбітражних рішень. Проаналізовано законодавство України та відповідні положення права ЄС. Резюмовано, що головною умовою, яка повинна бути дотримана для застосування застереження про публічний порядок є явна несумісність наслідків визнання і виконання іноземних рішень публічному порядку запитуваної держави.

Abstract.

The article examines the features of the normative regulation and the main conditions for the application of the public policy clause as ground for refusal to recognize and enforce foreign court decisions and arbitration awards. The legislation of Ukraine and the relevant provisions of EU law are analysed. It is summarized that the main condition that must be met for the application of the public policy clause is the manifest contrariety of the consequences of the recognition and enforcement of foreign decisions to the public policy of the requested state.

References:

1. Галущенко Г. В. Підстави відмови в застосуванні іноземного права. *Юридична наука*. 2014. № 8. С. 131-138.
2. Corthaut T. *EU Ordre Public*. Netherlands: Wolters Kluwer, 2012. 485 p.
3. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 32. ст. 422.
4. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 25. Ст. 198.
5. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Офіційний вісник України*. 2004. № 16. Ст. 1088.
6. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. URL: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf
7. Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів: Закон України від 29.11.2001 р. № 2860-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 10. Ст. 76.
8. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах. *Офіційний вісник України*. 2005. № 44. Ст. 2824.
9. Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності. *Офіційний вісник України*. 2005. № 12. Ст. 587.
10. Україна підписала Конвенцію про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах. URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/ukraina-pidpisala-konventsiiyu-pro-viznannya-ta-vikonannya-inozemnih-sudovih-rishen-u-tsilvilnih-abo-komertsijnih-spravah>
11. Status Table. Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>
12. Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (Concluded 2 July 2019). URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>
13. Конвенція про угоди про вибір суду (Витяг із Заключного Акта Двадцятої Сесії, підписаного 30 червня 2005 року). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_004#Text
14. 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters. Consolidated version CF 498Y0126(01). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29>
15. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001R0044>
16. Макаруха З. М. Юрисдикція, визнання та виконання судових рішень у цивільних справах транснаціонального характеру в рамках Європейського Союзу. *Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження»*. 2009. № 1. С. 47-52.
17. Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32000R1346>
18. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003R2201>
19. Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32009R0004>

20. Zivilprozessordnung. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>
21. Explanatory Report by Professor Fausto Pocar to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007, OJ 2009/C 319/01. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52009XG1223%2804%29>
22. Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report. Prel. Doc. No 1 of December 2018. URL: <https://assets.hcch.net/docs/7d2ae3f7-e8c6-4ef3-807c-15f112aa483d.pdf>
23. Trocker N. Procedural Differences, Ordre Public and Recognition of Foreign Judgments – An Impressionistic Account. *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public* / ed. by R. Stürner, M. Kawano. 2011. P. 273-298.

Myhailo Latynskyi,

Ph.D. candidate,

Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law

ELEMENTS OF ADMINISTRATIVE AND JURISDICTIONAL ACTIVITY OF CUSTOMS AUTHORITIES IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS PROTECTION

Складові елементи адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності

Halyna Mydzhyn

Key words:

customs authorities, intellectual property, protection of rights, administrative jurisdictional activity, proceedings.

Ключові слова:

митні органи, інтелектуальна власність, захист прав, адміністративно-юрисдикційна діяльність, провадження.

Постановка проблеми. Правопорушення у сфері інтелектуальної власності завдають значної шкоди не тільки безпосередньо правовласнику та споживачам продукції, а й інтересам держави, створюючи загрозу економічній і національній безпеці. У зв'язку з цим важливе значення відводиться забезпеченню державою адміністративно-правового захисту інтелектуальної власності. Особливу роль в реалізації зазначеного напрямку захисту інтелектуальної власності здійснюють митні органи. Вони мають більший обсяг повноважень щодо застосування заходів адміністративного впливу на осіб, які вчинили адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності. Митні органи попереджають, виявляють, припиняють адміністративні правопорушення, пов'язані з незаконним використанням прав на об'єкти інтелектуальної власності при переміщенні товарів через митний кордон, здійснюють провадження за такими категоріями справ, попереджаючи проникнення на внутрішній ринок контрафактних товарів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Значний внесок для розробки проблеми зробили вчені: В. Б. Авер'янов, І. Г. Бережнюк, Н. А. Берлач, А. Г. Бидик, В. М. Дорогих, А. І. Калініченко, С. В. Ківалов, Б. А. Кормич, І. М. Коросташова, О. В. Кузьменко, Ю. Д. Кунєв, В. Я. Настюк, І. Д. Пастух, П. В. Пашко, В. О. Шамрай та інші.

Водночас реалізація Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, вимагає дослідження ефективності законодавства у сфері захисту прав інтелектуальної власності.

Мета статті полягає у дослідженні адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Адміністративно-юрисдикційна діяльність митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності як напрям адміністративної юрисдикції митних органів має певні особливості.

Для того щоб визначити складові елементи адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності необхідно розглянути систему адміністративної юрисдикції митних органів.

Система адміністративної юрисдикції митних органів – це сукупність елементів, що знаходяться в органічному зв'язку між собою і утворюють певну цілісність. Дана система повинна володіти внутрішньою організацією, що представляє. Адміністративній юрисдикції митних органів притаманний певний набір компонентів, взаємодія яких утворює виникнення системних якостей.

Систему адміністративної юрисдикції митних органів утворюють три елементи (підсистеми): підсистема митних органів, які здійснюють адміністративно-юрисдикційну діяльність; підсистема правових актів, що закріплюють функції митних органів; підсистема правових актів, що регулюють адміністративно-юрисдикційну діяльність митних органів.

Перший елемент – інституційно-структурна підсистема, а другий і третій елементи утворюють підсистему правового регулювання адміністративної юрисдикції митних органів. У ній відсутній функціонально-структурний елемент – сукупність видів адміністративної юрисдикції митних органів.

На нашу думку, провадження за якими митні органи здійснюють адміністративно-юрисдикційну діяльність, визначають основний зміст. Поряд з такими елементами як суб'єкти та правові акти в систему адміністративної юрисдикції митних органів слід включати направлення адміністративно-юрисдикційної діяльності. Концептуальну модель адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності утворюють такі складові елементи:

- суб'єкти адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, що представляють систему уповноважених митних органів (підрозділів захисту прав інтелектуальної власності, підрозділів адміністративних розслідувань і їх посадових осіб);
- правові основи реалізації адміністративної юрисдикції у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності митними органами;
- види адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Функціонування моделі обумовлено відповідними цілями. Ґрунтуючись на аналізі цілей адміністративно-юрисдикційного процесу, можна зробити висновок, що цілями здійснення митними органами адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері захисту прав об'єкти на інтелектуальної власності є:

- охорона існуючого правопорядку у сфері інтелектуальної власності, встановленого адміністративним і митним законодавством;
- забезпечення дотримання прав і законних інтересів різних категорій осіб;
- забезпечення національної безпеки за допомогою контролю переміщення через митний кордон товарів, що містять об'єкти інтелектуальної власності;
- попередження, виявлення, припинення адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності;
- вплив на правосвідомість правовласників, декларантів та інших осіб і ін.

Згідно з Митним кодексом України посадовими особами митних органів є громадяни України, які заміщують в порядку, встановленому законодавством України, посади співробітників і державних службовців митних органів¹.

Система митних органів України включає чотири рівні: орган виконавчої влади, який здійснює функції з контролю і нагляду в галузі митної справи - на даний момент таким органом є Державна митна служба України (ДМС України), що знаходиться у веденні Міністерства фінансів України; митниці; митні пости.

Митні органи кожного рівня реалізують функції, в тому числі щодо забезпечення захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, в межах компетенції, здійснюючи внутрішньовідомчу взаємодію.

ДМС України безпосередньо підвідомча Міністерству фінансів України. Статус і повноваження ДМС України в основному визначені Положенням про Державну митну службу².

Перелік повноважень ДМС України досить великий. ДМС України виконує керуючу роль в системі митних органів, здійснюючи організаційну, нормотворчу, правозастосовну, контрольну-наглядову, юрисдикційну і інші напрями діяльності.

ДМС України здійснює функції контролю і нагляду в галузі митної справи, в інших галузях у межах компетенції (валютний, санітарно-карантинний, карантинний фітосанітарний контроль, державний ветеринарний нагляд), по боротьбі зі злочинами та адміністративними правопорушеннями, захист прав на об'єкти інтелектуальної власності. Аналіз Положення про Державну митну службу України та Митного кодексу України дозволяє виділити повноваження ДМС України в рамках адміністративно-юрисдикційної діяльності:

- забезпечення виконання постанов уповноважених органів у справах про адміністративні правопорушення в галузі митної справи (про порушення митних правил) та інших адміністративні правопорушення, виконання постанов по яких віднесено законодавством України до компетенції митних органів;
- виявлення, попередження, припинення адміністративних правопорушень, віднесених до компетенції митних органів;
- здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення в галузі митної справи (про на рушення митних правил) та інших адміністративні правопорушення, віднесених до компетенції митних органів;
- здійснення протидії незаконному обігу об'єктів інтелектуальної власності, наркотичних засобів, психотропних речовин, зброї та боєприпасів, культурних цінностей та інших предметів, що переміщуються через митний кордон і (або) через державний кордон України;
- розгляд звернень юридичних і фізичних осіб; організація прийому громадян та юридичних осіб, прийняття рішень.

У структуру ДМС України входять підрозділи, які з огляду на призначення мають специфічні юрисдикційні функції.

¹ Митний кодекс України : Закон України від 13.03.2012 р. № 4495-VI. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>

² Про затвердження положень про Державну податкову службу України та Державну митну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.03.2019 р. № 277. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF#Text>

Адміністративно-юрисдикційними функціями ДМС України є:

- організація, координація і контроль діяльності митних органів з ведення адміністративного провадження у справах, віднесених до компетенції митних органів; щодо дотримання законності та обґрунтованості рішень, дій (бездіяльності) митних органів та посадових осіб при залученні осіб до адміністративної відповідальності;
- порушення справ про адміністративні правопорушення, віднесених до компетенції митних органів, здійснення адміністративного провадження відповідно до порядку, передбаченого КУпАП;
- керівництво діяльністю митниць в частині організації здійснення адміністративного провадження та дізнання, криміналістичного забезпечення та обліково-реєстраційної дисципліни;
- підготовка пропозицій для керівництва ДМС України про обґрунтованість і необхідність продовження терміну адміністративного розслідування у справах про адміністративні правопорушення;
- організація криміналістичного забезпечення при здійсненні адміністративного провадження, при перегляді митними органами постанов у справах про адміністративні правопорушення у зв'язку з скаргами осіб або протестами прокурора;
- участь в розробці системи заходів по профілактиці злочинів та інших адміністративних правопорушень в галузі митної справи та забезпечення участі митних органів у здійсненні таких заходів;
- контроль за дотриманням законності посадовими особами центрального апарату ДМС і митних органів при здійсненні адміністративного провадження;
- проведення перевірок у зв'язку з скаргами осіб щодо законності і обґрунтованості постанов у справах про адміністративні правопорушення; рішень митних органів, прийнятих в ході провадження у справах про адміністративні правопорушення;
- проведення перевірок організації роботи по контролю за дотриманням законності і обґрунтованості рішень, дій (бездіяльності) митних органів та їх посадових осіб при залученні осіб до адміністративної відповідальності;
- аналіз стану законності в митних органах і узагальнення практики застосування законодавства про адміністративні правопорушення;
- інформування фізичних та юридичних осіб про порядок оскарження та розгляду митними органами скарг на рішення, дії (бездіяльність) при залученні осіб до адміністративної відповідальності;
- вдосконалення системи заходів, що забезпечують однакове і застосування митними органами законодавства про адміністративні правопорушення, митного та іншого законодавства при залученні до адміністративної відповідальності;
- виявлення правових проблем в діяльності митних органів при здійсненні адміністративного провадження;
- участь спільно з іншими структурними підрозділами ДМС України в представленні інтересів ДМС України та митних органів в судах загальної юрисдикції при розгляді справ про адміністративні правопорушення, у зв'язку з оскарженням рішень, дій (бездіяльності) посадових осіб митних органів при веденні адміністративного провадження;
- забезпечення розгляду пропозицій, заяв і повідомлень, що надходять в митницю з державних органів, звернень громадян з питань, надання відповідей заявникам у встановлений законодавством України термін;
- захист прав на об'єкти інтелектуальної власності, розгляду звернень.

У межах компетенції митниці забезпечують виконання законодавства про адміністративному провадженні. Для реалізації повноважень, встановлених законодавством про адміністративні правопорушення, в рамках митниць функціонують окремі підрозділи адміністративних розслідувань.

Дані підрозділи займаються провадженнями у справах про адміністративні правопорушення, віднесених до компетенції митних органів, проводять адміністративне розслідування, в залежності від складу адміністративного правопорушення, розглядають справи з подальшим винесенням рішення, або передають на розгляд до суду.

Нижчий щабель в ієрархії митних органів, первинний осередок системи митних органів – це митний пост. На відміну від ДМС України і митниць, митний пост не є юридичною особою, а структурний підрозділ митниці.

Правовий статус і повноваження митних постів визначені нормами Митного кодексу України. Митний пост реалізує завдання під керівництвом ДМС України та прямим керівництвом митниці. Структура, штатна чисельність працівників, керівник митного поста визначаються митницею.

В основні завдання митного поста входить здійснення митних операцій, митний контроль на підвідомчій території, боротьба з адміністративними правопорушеннями, віднесених до компетенції митних органів, незаконним обігом об'єктів інтелектуальної власності, забезпечення об'єктивного, всебічного і вчасного розгляду звернень громадян та юридичних осіб.

У результаті аналізу адміністративної юрисдикції митних органів на рівні окремої ланки, можна зробити висновок про наступному розподілі адміністративно-юрисдикційних повноважень щодо захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності в системі митних органів України.

ДМС України виконує керуючу і керівну роль в системі митних органів, функції у сфері захисту прав інтелектуальної власності носять в основному організаційний і консолідуючий характер. ДМС України має повноваженнями на безпосереднє здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Адміністративна юрисдикція у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності митниці носить організаційний характер.

Основними суб'єктами адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності в системі митних органів є митниці та митні пости, які здійснюють безпосередньо на практиці протидію незаконному обігу об'єктів інтелектуальної власності, здійснюючи провадження у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності. Митниці та митні пости при здійсненні функцій забезпечення захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності діють на підставі загальних або індивідуальних положень, що затверджуються ДМС України.

Гарантіями дотримання законності в митних органах у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, є інститут оскарження. Скарги на незаконні рішення посадових осіб подаються до вищого митного органу.

Наступним складовим елементом адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності є правові основи. До особливостей адміністративно-правових норм, що регулюють митні відносини, відноситься те, що деяка їх частина формується на наднаціональному рівні митного регулювання, закладається в міжнародні правові акти ЄС, обумовлюючи міжнародно-правову природу даних норм.

Аналіз діючих джерел адміністративного та митного права дозволяє зробити висновок про те, що правові основи даної адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів є дві групи джерел правові акти: що регулюють адміністративно-юрисдикційну діяльність у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності; що закріплюють статус і функції здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.

До першої групи правових актів відносяться джерела національного рівня: законодавство України та підзаконні нормативно-правові акти, включаючи відомчі нормативні акти ДМС України.

Законодавство України включає Конституцію України і закони. Відповідно до Конституції інтелектуальна власність охороняється законом, тобто інтелектуальна власність прямо визначається як об'єкт правового захисту¹. Основними законами, що регламентують адміністративну юрисдикцію митних органів щодо захисту прав інтелектуальної власності, є КУпАП і Митний кодекс України². У КУпАП закріплений порядок здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення, встановлена адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності. Митний кодекс України регулює порядок здійснення в митних органах провадження за скаргами.

До основних підзаконних нормативно-правових актів, що регулюють адміністративну юрисдикцію митних органів щодо захисту прав інтелектуальної власності, відносяться відомчі нормативні акти ДМС України.

Другу групу джерел складають правові акти, що закріплюють статус митних органів як суб'єктів адміністративно-юрисдикційної діяльності, в тому числі у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. До числа джерел даної групи слід віднести Митний кодекс ЄС³. За правовою природою це міжнародний договір.

До національних правових актів зазначеної групи джерел відносяться переважно підзаконні нормативно-правові акти. До цієї групи правових джерел можна віднести наступні відомчі нормативні акти Міністерства Фінансів України: Порядок застосування заходів щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності та взаємодії митних органів з правовласниками, декларантами та іншими заінтересованими особами і ін.⁴

Правові основи адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності це сукупність правових джерел, що характеризуються множинністю і ієрархічністю. Можна сказати, що в цілому вони схожі з правовими джерелами адміністративної юрисдик-

¹ Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

² Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>

³ Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 952/2013 від 9 жовтня 2013 року про встановлення Митного кодексу Союзу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/984_009-13#Text

⁴ Про затвердження Порядку застосування заходів щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності та взаємодії митних органів з правовласниками, декларантами та іншими заінтересованими особами та Змін до деяких нормативно-правових актів Міністерства фінансів України : Наказ Міністерства фінансів України від 09.06.2020 р. № 281. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0549-20#Text>

ції митних органів. Відмінності простежуються в другій групі правових актів, оскільки до неї відносяться джерела, що закріплюють юрисдикційні функції підрозділів захисту прав інтелектуальної власності митних органів.

На думку Н. А. Берлач і С. П. Філь, сутність митної діяльності у сфері захисту ПІВ, до якої залучені митних органи доходів полягає в тому, що зазначені у межах своєї компетенції лише сприяють захисту цих прав, а не здійснюють безпосередньо його захист⁵. Функції митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності не обмежуються виключно здійсненням адміністративно-юрисдикційної діяльності.

Висновки. Проведене дослідження теоретико-правових основ адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності дозволяє зробити висновок про те, що її складовими елементами є: суб'єкти адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, що представляють систему уповноважених митних органів, правові основи та види адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Адміністративна юрисдикція митних органів, будучи одним з видів адміністративної юрисдикції, володіє, відповідно, усіма ознаками, однак їй притаманний особливості адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів, що носить правозастосовний і правоохоронний характер.

Подальші дослідження адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності повинні бути спрямовані на визначення ефективності правового регулювання.

Анотація.

У статті досліджуються складові елементи адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. Розглянуто чинне національне законодавство у митній сфері щодо адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів України. Відзначено, що адміністративно-юрисдикційна діяльність митних органів у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності це здійснення посадовими особами митних органів на основі адміністративного та митного законодавства повноважень з вирішення адміністративно-правових спорів і застосування адміністративно-правових заходів впливу щодо захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності при переміщенні товарів через митний кордон. Вказано, що адміністративна юрисдикція митних органів, будучи одним з видів адміністративної юрисдикції, володіє, відповідно, усіма ознаками, однак їй притаманний особливості адміністративно-юрисдикційної діяльності митних органів, що носить правозастосовний і правоохоронний характер; статус митних органів щодо здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності закріплений в національних і міжнародних правових актах; адміністративна юрисдикція митних органів реалізується в рамках здійснення адміністративних проваджень.

Abstract.

In the provisions of the scientific article, the author examines the constituent elements of administrative and jurisdictional activities of customs authorities in the field of intellectual property rights protection. The current national legislation in the customs sphere on the administrative and jurisdictional activities of the customs authorities of Ukraine is considered. It is noted that the administrative and jurisdictional activities of customs authorities in the field of protection of intellectual property rights is considered as the customs officials exercise of powers on the basis of administrative and customs legislation to resolve administrative disputes and apply administrative and legal measures to protect the rights of intellectual property when moving goods across the customs border. It is stated that the administrative jurisdiction of customs authorities, being one of the types of administrative jurisdiction, has, accordingly, all the features, but it is characterized by certain peculiarities of administrative jurisdictional activities of customs authorities, which is of law enforcement nature; the status of customs authorities in carrying out administrative and jurisdictional activities is enshrined in national and international legal acts; the administrative jurisdiction of the customs authorities is exercised in the framework of administrative proceedings.

References:

1. Митний кодекс України : Закон України від 13.03.2012 р. № 4495-VI. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>
2. Про затвердження положень про Державну податкову службу України та Державну митну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.03.2019 р. № 277. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF#Text>

⁵ Берлач, Н. А., Філь С. П. Сутність митної діяльності, спрямованої на сприяння захисту прав інтелектуальної власності в Україні. *Наука і правоохорона*. 2017. № 1 (35). С. 26.

3. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL.<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-X. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>
5. Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 952/2013 від 9 жовтня 2013 року про встановлення Митного кодексу Союзу. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/984_009-13#Text
6. Про затвердження Порядку застосування заходів щодо сприяння захисту прав інтелектуальної власності та взаємодії митних органів з правовласниками, декларантами та іншими заінтересованими особами та Змін до деяких нормативно-правових актів Міністерства фінансів України : Наказ Міністерства фінансів України від 09.06.2020 р. № 281. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0549-20#Text>
7. Берлач, Н. А., Филь С. П. Сутність митної діяльності, спрямованої на сприяння захисту прав інтелектуальної власності в Україні. *Наука і правоохорона*. 2017. № 1 (35). С. 20-27.

Halyna Mydzhyn,

*Applicant of the Scientific Degree of Philosophy Doctor in Law, Department of Administrative and Law Disciplines,
Lviv State University of Internal Affairs (Lviv, Ukraine)
ORCID ID: 0000-0002-8351-3615*

NORMATIVE SYSTEM OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF PROTECTION OF THE UKRAINIAN CARPATHIANS BY INTERNATIONAL LAW

Нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом

Dyachuk N.D.

Key words:

Ukrainian Carpathians, protection of the Ukrainian Carpathians, normative system, administrative and legal regulation, normative system of the administrative and legal regulation, administrative and legal regulation of the protection of the Ukrainian Carpathians, international law.

Ключові слова:

Українські Карпати, захист Українських Карпат, нормативна система, адміністративно-правове регулювання, нормативна система адміністративно-правового регулювання, адміністративно-правове регулювання захисту Українських Карпат, міжнародне право.

Постановка проблеми. У процесі розвитку України як демократичної і правової держави, євроінтеграції України, захисту довкілля, забезпечення сталого лісокористування та водокористування, збереження екосистеми Українських Карпат, важливого значення набуває дослідження проблематики нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом.

Дослідження нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом має важливе практичне значення для подальшого розвитку міжнародних правових норм та законодавства України про захист Українських Карпат, про забезпечення сталого господарювання в лісах України, про водні ресурси, про тваринний та рослинний світ, про управління водними ресурсами, зокрема, забезпечення населення якісною питною водою, а також для покращення практичної діяльності уповноважених суб'єктів у відповідній сфері, транскордонного співробітництва. Внаслідок цього дослідження проблематики нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом є важливим для розвитку сучасної науки адміністративного права.

Метою статті є охарактеризувати проблематику нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом.

Завданнями даної статті є: сформулювати авторське визначення поняття «нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом», визначити окремі елементи нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом.

Стан дослідження. Проблематика нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом є актуальною, а окремі її аспекти були предметом дослідження багатьох сучасних науковців, зокрема: І.Битяка, Т.Коломоець, Я.Лазура, О.Микитюка та О.Сурілової.

Виклад основного матеріалу.

Нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом є невід'ємною складовою частиною єдиної цілісної нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат.

Нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом – це внутрішньо взаємоузгоджена цілісна сукупність норм та принципів права, які відображені у відповідних актах міжнародного права України, що регламентують адміністративно-правове забезпечення захисту Українських Карпат.

Нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом складається з наступних складових:

1. Міжнародні договори ООН з питань забезпечення захисту Карпат, учасником яких є Україна, зокрема: Загальна декларація прав людини¹ від 10 грудня 1948 року, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права² від 16 грудня 1966 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права³ від 16 грудня 1966 р. та Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція)⁴ від 25 червня 1998 року.

2. Міжнародні договори Ради Європи з питань забезпечення захисту Карпат, учасником яких є Україна, зокрема: Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод⁵ 1950 року.

3. Міжнародні договори ОБСЄ з питань забезпечення захисту Карпат, учасником яких є Україна, зокрема: Прикінцевий акт наради з питань безпеки та співробітництва в Європі⁶ від 1 серпня 1975 року та Декларація Будапештської зустрічі на найвищому рівні⁷ від 6 грудня 1994 року.

4. Двосторонні та багатосторонні міжнародні договори України з питань забезпечення захисту Карпат, зокрема: Угода між Урядом України та Урядом Республіки Польща про співробітництво в галузі охорони навколишнього середовища⁸ від 24 січня 1994 року, Меморандум між Урядом України та Урядом Канади про співробітництво з питань зміни клімату, включаючи заходи, що проводяться спільно⁹ від 28 січня 1999 року, Угоду між Урядом України та Урядом Азербайджанської Республіки про співробітництво в галузі охорони навколишнього природного середовища¹⁰ від 07 вересня 2006 р., Рамкова конвенція про охорону та сталий розвиток Карпат¹¹ від 22 травня 2003 року, ратифікована відповідним Законом України¹² від 07 квітня 2004 року.

5. Рішення Європейського суду з прав людини з питань захисту довкілля, зокрема: Справа «Дубецька та інші проти України»¹³, Справа «Гримковська проти України»¹⁴. При вирішенні справ щодо екологічної шкоди заподіяною у зв'язку із лісокористуванням, доцільно застосовувати судову практику Європейського суду з прав людини, яка згідно ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»¹⁵ є джерелом права, тобто як юридично обов'язкові прецеденти для судів України, що розглядатимуть справи між різними суб'єктами правовідносин.

¹ Загальна декларація прав людини ООН від 10 грудня 1948 року. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015 (дата звернення: 22.05.2017).

² Міжнародний пакт про громадянські та політичні права ООН від 16 грудня 1966 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 22.05.2017).

³ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права ООН від 16 грудня 1966 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 22.05.2017).

⁴ Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція) від 25.06.1998 року // URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_015 (дата звернення: 25.08.2020).

⁵ Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 22.05.2017).

⁶ Прикінцевий акт наради з питань безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 р. Права людини в Україні. Вип. 21. К., 1998. С. 187 – 208.

⁷ Декларація Будапештської зустрічі на найвищому рівні від 6 грудня 1994 р. Права людини в Україні. Вип. 21. К., 1998. С. 327 – 337.

⁸ Угода між Урядом України та Урядом Республіки Польща про співробітництво в галузі охорони навколишнього середовища від 24 січня 1994 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/616_073 (дата звернення: 25.08.2020).

⁹ Меморандум між Урядом України та Урядом Канади про співробітництво з питань зміни клімату, включаючи заходи, що проводяться спільно від 28 січня 1999 року. URL: <http://canada.mfa.gov.ua/ua/ukraine-ca/legal-acts/memorandum1999> (дата звернення: 25.08.2020).

¹⁰ Угода між Урядом України та Урядом Азербайджанської Республіки про співробітництво в галузі охорони навколишнього природного середовища від 07 вересня 2006 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/031_060 (дата звернення: 25.08.2020).

¹¹ Рамкова конвенція про охорону та сталий розвиток Карпат від 22 травня 2003 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998_164 (дата звернення: 25.08.2020).

¹² Про ратифікацію Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат: Закон України від 07 квітня 2004 року. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 32. Ст. 383.

¹³ Справа «Дубецька та інші проти України» (Заява № 30499/03): Рішення Європейського суду з прав людини від 10 лютого 2011 року. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_689 (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁴ Справа «Гримковська проти України» (Заява № 38182/03): Рішення Європейського суду з прав людини від 21 липня 2011 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_729 (дата звернення: 26.08.2020).

¹⁵ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.

6. Міжнародні договори Міністерської конференції по захисту лісів в Європі, зокрема: Резолюція Н1 «Загальні принципи сталого господарювання в лісах Європи»¹⁶ 1993 року та Резолюція Н2 «Загальні принципи збереження різноманіття європейських лісів»¹⁷ 1993 року.

При переході до сталого розвитку Українських Карпат необхідні нові підходи в економічній системі держави в цілому та регіонів зокрема. Сьогодні діюча економічна система налаштована на отримання максимального зиску від природних ресурсів за будь-яку ціну, що негативно відображається на екологічній ситуації в регіоні. Тому, критерієм зиску у переході до екологічної епохи господарювання (сталого розвитку) одиницею результатів від діяльності має забезпечуватись мінімумом ресурсів, або отриманням найвищої віддачі від кожної одиниці використаного природного ресурсу з врахуванням впливу на оточуюче середовище. Глобалізація економіки регіону передбачає нові напрямки підвищення ефективності використання ресурсного потенціалу з врахуванням екологічних, економічних та соціальних факторів зростання. В свою чергу, глобалізація економіки регіону має сприяти стабілізації розвитку, як основи ефективної діяльності господарського комплексу (в першу чергу, лісгосподарського комплексу) області і служити базою переходу до сталого розвитку через нарощування обсягів виробництва матеріальних благ та зміни ставлення виробника - людини - до навколишнього середовища¹⁸.

Нижче ми розглянемо детально міжнародні договори Ради Європи з питань захисту Карпат, учасником яких є Україна, зокрема: Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод Ради Європи від 4 листопада 1950 року, Всеєвропейська стратегія збереження біологічного та ландшафтного різноманіття від 25 жовтня 1995 року, Європейська ландшафтна конвенція¹⁹ від 20 жовтня 2000 року.

Важливе значення серед цих документів для забезпечення сталого господарювання в лісах має Європейська ландшафтна конвенція від 20 жовтня 2000 року, яка ратифікована відповідним Законом України²⁰ від 7 вересня 2005 року.

Відповідно до ст.2 Європейської ландшафтної конвенції вона застосовується щодо всієї території Сторін і охоплює природні, сільські, міські та приміські території, разом із землями, внутрішніми водами та морськими акваторіями. Це стосується ландшафтів, які можна вважати винятковими, а також звичайних або занедбаних ландшафтів.

Згідно ст. 3 Європейської ландшафтної конвенції цілями цієї Конвенції є сприяння охороні, регулюванню та плануванню ландшафтів, а також організація європейської співпраці з питань ландшафту.

Відповідно до ст. 5 Європейської ландшафтної конвенції кожна Сторона зобов'язується:

- а) визнавати ландшафти у законі як суттєвий компонент оточення людей, як вираження різноманітності їхньої спільної культурної та природної спадщини, та як основу їх ідентичності;
- б) встановлювати та впроваджувати ландшафтну політику, спрямовану на охорону, регулювання і планування ландшафту шляхом прийняття конкретних заходів;
- в) встановлювати порядок участі широкого загалу, місцевих і регіональних органів влади та інших сторін, заінтересованих у визначенні та впровадженні ландшафтної політики;
- г) включати ландшафт до власної регіональної і міської планової політики та до її культурної, екологічної, сільськогосподарської, соціальної та економічної політики, а також до будь-якої іншої політики, що може безпосередньо або опосередковано впливати на ландшафт.

Важливе значення у сфері забезпечення сталого господарювання в лісах мають також Рекомендація 14 (1995) Конгресу місцевих і регіональних влад Ради Європи про Європейську хартію гірських регіонів²¹, Рекомендація 75 (2000) про проект Європейської рамкової конвенції гірських регіонів²², Рекомен-

¹⁶ Resolution No H1 General Guidelines for the Sustainable Management of Forests in Europe: Second Ministerial Conference on the Protection of Forests in Europe from 16-17 June 1993, Helsinki, Finland. URL: https://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_helsinki_resolutionH1.pdf (дата звернення: 25.08.2020).

¹⁷ Resolution No H2 General Guidelines for the Conservation of the Biodiversity of European Forests: Second Ministerial Conference on the Protection of Forests in Europe from 16-17 June 1993, Helsinki, Finland. URL: https://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_helsinki_resolutionH2.pdf (дата звернення: 25.08.2020).

¹⁸ Бойко Я.М., Гапак Н.М., Завадяк Р.І. Лісове господарство як складова сталого розвитку регіону. Науковий вісник Ужгородського університету: Серія: Економіка. 2012. Вип. 3 (37). С. 72.

¹⁹ Європейська ландшафтна конвенція від 20 жовтня 2000 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/994_154 (дата звернення: 12.09.2020).

²⁰ Про ратифікацію Європейської ландшафтної конвенції: Закон України від 7 вересня 2005 року. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 51. Ст.547.

²¹ Recommendation 14 (1995) on The European Charter of Mountain Regions: The Congress of Local and Regional Authorities of Europe from 31 May 1995. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=825443> (дата звернення: 12.09.2020).

²² Рекомендация 75 (2000) о проекте Европейской рамочной конвенции о горных регионах от 24 мая 2000 г. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=928801> (дата звернення: 12.09.2020).

дація 130 (2003) про Європейську хартію гір¹; Рекомендація 1638 (2005) про сталий розвиток гірських регіонів².

У контексті забезпечення сталого господарювання в лісах на гірських територіях Європи В.Гай зазначає, що сьогодні ми стаємо свідками глобальних кліматичних змін, які істотно впливають і на суспільно-економічне становище окремих країн, і всього континенту, констатували учасники форуму. Важливим стабілізуючим чинником у цих процесах виступають гірські масиви Карпат. Вони, як і Альпи, Піреней, Кавказ, Скандинавські та інші гори Європи, відіграють нині важливу роль у життєзабезпеченні континенту, формуванні глобальної екологічної безпеки в майбутньому. Хоча в Європі гірські масиви займають понад 17 відсотків території, від стану цих екосистем залежить доля майже кожного другого європейця, 10 відсотків яких мешкають у горах, а близько 40 відсотків – у басейнах річок, що беруть витoki в горах. Ось чому для органів державної влади та місцевого самоврядування проблеми збереження соціального, економічного й природного потенціалу регіонів, розташованих на території Карпатських гір і гірських регіонів Європейського континенту, є найнагальнішими³.

Нижче ми також розглянемо міжнародні договори Міністерської конференції по захисту лісів в Європі (далі - Процес Ліси Європи) з питань сталого господарювання в лісах, зокрема: Резолюція Н1 «Загальні принципи сталого господарювання в лісах Європи» 1993 року, Резолюція Н2 «Загальні принципи збереження різноманіття європейських лісів» 1993 року, Резолюція V5 «Зміна клімату та стале лісове господарювання в Європі»⁴ 2003 року, Резолюція W2 «Ліс та вода»⁵ 2007 року.

Вагомим чинником для розвитку адміністративно-правових засад сталого господарювання в лісах стала конференція з питань захисту лісів Європи, що проходила в Гельсінкі 1993 року, на якій міжнародною спільнотою було прийнято чотири резолюції, дві з яких можна вважати стратегічним планом розвитку сталого управління лісами Європи: Н1 «Загальні принципи раціонального управління лісами» та Н2 «Загальні принципи збереження різноманіття європейських лісів», згідно з якими визначається такий засіб використання лісів, лісових земель та управління ними й такі темпи цього використання, що не завдають шкоди іншим екосистемам, зберігають біорозмаїття, продуктивність, життєдіяльність лісів та їхню здатність до відновлення, а також їхній потенціал щодо виконання ними тепер і в майбутньому екологічних, економічних і соціальних функцій на місцевому, національному та глобальному рівнях. В умовах сьогодення відбувається етап європеїзації охорони лісу, коли українські вчені працюють за Європейською програмою щодо збереження генетичних ресурсів лісових порід (EUFORGEN), яка є інструментом виконання резолюції S2 Страсбурзької конференції міністрів із захисту лісів у Європі⁶.

У Резолюції V5 «Зміна клімату та стале лісове господарювання в Європі» 2003 року, прийнятій у м. Відень, Австрія, зазначено, що визнаючи загрозу, що заподіюється лісам людськими кліматичними змінами, держави-учасниці та Європейське співтовариство підкреслюючи, що основна увага повинна приділятися зменшенню викидів парникових газів, з метою забезпечення сталого управління європейськими лісами та сталого розвитку, забезпечити їх переваги, одночасно підвищуючи їхній внесок у загальне зниження концентрації парникових газів в атмосфері, зобов'язуються сприяти зменшенню чистих викидів парникових газів, зокрема, від спалення викопного палива через:

- а) сприяння ефективному і раціональному використанню деревини для заміни не відновлюваних ресурси та енергоємні технології виробництва,
- б) сприяння значному збільшенню ефективної генерації та використання біоенергії від стійко керованих лісових ресурсів, а також відходів деревини,

Сторони зобов'язуються здійснювати підтримку досліджень та, у відповідних випадках, моніторинг діяльності, щоб краще зрозуміти можливий вплив кліматичних змін на ліси та на товари та послуги, а також на їх здатність зменшувати вплив стихійних лих, таких як надзвичайні погодні події, у тому числі повені та інші лиха. Підвищити політику та заходи та розвинути лісове господарство для кращої адаптації лісів до зміни клімату. Надалі сприяти поточній роботі в рамках ООН з розробки методи оцінки, вимірювання,

¹ Рекомендація 130 (2003) о Европейской хартии о защите гор от 22 мая 2003 года. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=935075> (дата звернення: 14.09.2020).

² Sustainable development of mountain regions – Parliamentary Assembly Recommendation 1638 (2003) from 28 September 2005. URL: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/AS\(2005\)Rec1638&Language=lanEnglish&Ver=prov&Site=COE&BackColorIntranet=DBCDF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/AS(2005)Rec1638&Language=lanEnglish&Ver=prov&Site=COE&BackColorIntranet=DBCDF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864) (дата звернення: 14.09.2020).

³ Гай В. Сталый розвиток Карпат та інших гірських регіонів Європи. URL: <http://veche.kiev.ua/journal/2216/> (дата звернення: 15.09.2020).

⁴ Vienna Resolution Forest V5 «Climate Change and Sustainable Forest Management in Europe» 2003. URL: http://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_vienna_resolution_v5.pdf (дата звернення: 16.09.2020).

⁵ Warsaw Resolution W2 «Forest and Water 2007». URL: http://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_warsaw_resolution2.pdf (дата звернення: 16.09.2020).

⁶ Козачук О.А. Адміністративно-правові засади діяльності лісової охорони. Автореферат дис...кан.юрид.наук: 12.00.07. Наукowo-дослідний інститут публічного права. Київ, 2017. С. 7-8.

моніторингу та повідомлення про зміни в запасах вуглецю у лісі екосистеми та лісові продукти, засновані на існуючих системах та у співпраці з відповідні організації

Важливим визнається обмін досвідом на загальноєвропейському рівні щодо національних та регіональних питань, пов'язаних з лісами, стратегії пом'якшення та адаптації до кліматичних змін з метою забезпечити прийняття рішень щодо лісозахисних заходів, а також їх реалізацію відповідно до сталого лісокористування.

У рамках Процесу Ліси Європи робота зосереджена на двох напрямках:

1). Виконання домовленостей, досягнутих в ході попередніх Міністерських конференцій по захисту лісів в Європі.

У даному контексті експерти Держлісагенства України, зокрема, взяли участь у наступних заходах:

- 5-8 березня 2013 року у Мадриді, Іспанія прийнято участь у зустрічі на рівні експертів процесу Ліси Європи з метою обговорення результатів роботи процесу у 2012 році;
- взято участь у роботі регіонального семінару «Впровадження критеріїв та індикаторів сталого управління лісами». Семінар, організований секретаріатом Лісів Європи та Європейським інститутом лісу, відбувся 23-24 квітня 2013 року в Будапешті, Угорщина;
- у жовтні 2013 року у м. Відень, Австрія експертами Держлісагенства України прийнято участь у Форумі за результатами регіональних семінарів щодо впровадження критеріїв та індикаторів сталого управління лісами.
- у квітні 2014 року у м.Сантандер, Іспанія, взято участь у міжнародному семінарі стосовно зеленої економіки та соціальних аспектів збалансованого лісоуправління.

2). Розробка юридично обов'язкової угоди стосовно лісів Європи.

Відповідно до рішення 6 Міністерської конференції із захисту лісів Європи (Осло, 2011 рік) був створений Міжурядовий комітет з ведення переговорів із розробки юридично обов'язкової угоди по лісах Європи (далі - ІНС).

Повноваження на ведення переговорів Держлісагентству України надані розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15.08.2012 №566-р. Позиція України на кожній сесії переговорного процесу формувалась в ході проведення міжвідомчих консультацій із залученням крім фахівців Держлісагентства, науковців, представників Мінприроди, МЗС, Мінфіну, Мінагрополітики та Мінекономіки.

На даний час проведено чотири сесії, дві з яких склались із двох частин, тобто загалом переговори тривали протягом 6 тижнів. На даний час можливості успішного завершення переговорів в рамках Мандата, наданого у 2011 році в Осло, вичерпано. Не вирішеними в основному залишились питання інституційної структури майбутньої угоди.

Результати роботи ІНС повинні були бути винесені на розгляд позачергової Міністерської конференції, але оскільки формально переговори не завершені Іспанія відмовилась проводити позачергову конференцію з метою визнання негативного результату переговорів. У цьому зв'язку країнами-учасниками переговорного процесу було вирішено відновити неофіційні переговори з метою пошуку рішення щодо інституційних домовленостей та проведення додаткової сесії ІНС після цього.

Перші неофіційні переговори проведені у Мадриді 10 квітня 2014 року, друга зустріч відбулась у Відні 20-21 травня 2014 року. Держлісагентством були проаналізовані можливі компромісні варіанти інституційних домовленостей в рамках підготовки юридично обов'язкової угоди стосовно лісів Європи, а підготовлені відповідні пропозиції направлені учасникам переговорів. Пропозиції не отримали одностайної підтримки учасників Мадридської зустрічі. Також не зважаючи на спільне бачення можливого компромісу серед учасників процесу у Відні не вдалось узгодити підсумковий документ. В зв'язку з цим питання подальших дій буде узгоджено в ході Міністерської конференції із захисту лісів Європи, що вірогідно відбудеться у 2015 році. Крім того в межах повноважень у 2013 році взято участь у засіданнях бюро ІНС. 18 липня чергове засідання бюро ІНС було проведено у Києві.

Висновки. На основі вищевикладеного, можна зробити наступні висновки. Нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за внутрішньодержавним правом має важливе значення для збереження флори та фауни, гірських екосистем, сталого природокористування, охорони довкілля та розвитку економіки.

Належне адміністративно-правове регулювання захисту Українських Карпат є невід'ємною вимогою демократичної і правової держави, запорукою розбудови громадянського суспільства, належного рівня довіри громадян до інституцій публічної влади. Неналежне адміністративно-правове регулювання захисту Українських Карпат є недопустимим в сучасних умовах зміни клімату, міжнародних зобов'язань України, і ставлять під загрозу баланс екосистеми України, екосистеми Карпат, а також становить загрозу довкіллю і реалізації цілої низки прав людини, в тому числі: права на життя, права на здоров'я, екологічних прав людини.

Існують перспективи подальших наукових досліджень у даному напрямку, зокрема, щодо: порівняльно-правового аналізу захисту Карпат в Україні та в країнах ЄС; захисту фауни Українських Карпат; правового регулювання сталого лісокористування в Українських Карпатах.

Отже, у даній статті охарактеризовано проблематику нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом.

Анотація.

Статтю присвячено проблематиці нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом. Визначено окремі елементи нормативної системи адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом. Сформульовано авторське визначення поняття «нормативна система адміністративно-правового регулювання захисту Українських Карпат за міжнародним правом».

Summary.

The article is devoted to the problem of the normative system of administrative and legal regulation of protection of the Ukrainian Carpathians by international law.

In the processes of the development of Ukraine as a democratic and legal state, European integration of Ukraine, environmental protection, protection of forest and water resources of Ukraine, sustainable forest and water use, preservation of the ecosystem of the Ukrainian Carpathians, it is important to study the problematic of the normative system of administrative and legal regulation of protection of the Ukrainian Carpathians by international law.

Normative system of administrative and legal regulation of protection of the Ukrainian Carpathians by international law is an internally mutually agreed set of norms and principles of law, which are reflected in the relevant acts of international law of Ukraine governing the administrative and legal support of the protection of the Ukrainian Carpathians.

The normative system of the administrative and legal regulation of the protection of the Ukrainian Carpathians by international law is important for the preservation of the environment, sustainable forest use and water use, preservation of flora and fauna, mountain ecosystems, economic development and maintenance of ecological balance in Ukraine.

Proper administrative and legal regulation of the protection of the Ukrainian Carpathians by international law is an integral requirement of modern development of Ukraine as a democratic and legal state in the context of European integration and implementation of the principles of sustainable development of nature in Ukraine, in particular: sustainable management in Ukraine including ensuring public access to quality drinking water.

References:

1. Загальна декларація прав людини ООН від 10 грудня 1948 року. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015 (дата звернення: 22.08.2020).
2. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права ООН від 16 грудня 1966 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 22.08.2020).
3. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права ООН від 16 грудня 1966 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 22.08.2020).
4. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська конвенція) від 25.06.1998 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_015 (дата звернення: 25.08.2020).
5. Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 22.05.2020).
6. Прикінцевий акт наради з питань безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 р. Права людини в Україні. Вип. 21. К., 1998. С. 187 – 208.
7. Декларація Будапештської зустрічі на найвищому рівні від 6 грудня 1994 р. Права людини в Україні. Вип. 21. К., 1998. С. 327 – 337.
8. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Польща про співробітництво в галузі охорони навколишнього середовища від 24 січня 1994 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/616_073 (дата звернення: 25.08.2020).
9. Меморандум між Урядом України та Урядом Канади про співробітництво з питань зміни клімату, включаючи заходи, що проводяться спільно від 28 січня 1999 року. URL: <http://canada.mfa.gov.ua/ua/ukraine-ca/legal-acts/memorandum1999> (дата звернення: 25.08.2020).
10. Угода між Урядом України та Урядом Азербайджанської Республіки про співробітництво в галузі охорони навколишнього природного середовища від 07 вересня 2006 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/031_060 (дата звернення: 26.08.2020).
11. Рамкова конвенція про охорону та сталий розвиток Карпат від 22 травня 2003 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998_164 (дата звернення: 26.08.2020).
12. Про ратифікацію Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат: Закон України від 07 квітня 2004 року. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 32. Ст. 383.

13. Справа «Дубецька та інші проти України» (Заява № 30499/03): Рішення Європейського суду з прав людини від 10 лютого 2011 року. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_689 (дата звернення: 27.08.2020).
14. Справа «Гримковська проти України» (Заява № 38182/03): Рішення Європейського суду з прав людини від 21 липня 2011 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_729 (дата звернення: 27.08.2020).
15. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.
16. Resolution No H1 General Guidelines for the Sustainable Management of Forests in Europe: Second Ministerial Conference on the Protection of Forests in Europe from 16-17 June 1993, Helsinki, Finland. URL: https://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_helsinki_resolutionH1.pdf (дата звернення: 29.08.2020).
17. Resolution No H2 General Guidelines for the Conservation of the Biodiversity of European Forests: Second Ministerial Conference on the Protection of Forests in Europe from 16-17 June 1993, Helsinki, Finland. URL: https://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_helsinki_resolutionH2.pdf (дата звернення: 29.08.2020).
18. Бойко Я.М., Гапак Н.М., Завадяк Р.І. Лісове господарство як складова сталого розвитку регіону. Науковий вісник Ужгородського університету: Серія: Економіка. 2012. Вип. 3 (37). С. 71–74.
19. Європейська ландшафтна конвенція від 20 жовтня 2000 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/994_154 (дата звернення: 11.09.2020).
20. Про ратифікацію Європейської ландшафтної конвенції: Закон України від 7 вересня 2005 року. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 51. Ст.547.
21. Recommendation 14 (1995) on The European Charter of Mountain Regions: The Congress of Local and Regional Authorities of Europe from 31 May 1995. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=825443> (дата звернення: 11.09.2020).
22. Рекомендация 75 (2000) о проекте Европейской рамочной конвенции о горных регионах от 24 мая 2000 г. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=928801> (дата звернення: 12.09.2020).
23. Рекомендация 130 (2003) о Европейской хартии о защите гор от 22 мая 2003 года. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=935075> (дата звернення: 14.09.2020).
24. Sustainable development of mountain regions – Parliamentary Assembly Recommendation 1638 (2003) from 28 September 2005. URL: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/AS\(2005\)Rec1638&Language=lanEnglish&Ver=prov&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/AS(2005)Rec1638&Language=lanEnglish&Ver=prov&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864) (дата звернення: 14.09.2020).
25. Гай В. Сталый розвиток Карпат та інших гірських регіонів Європи. URL: <http://veche.kiev.ua/journal/2216/> (дата звернення: 15.09.2020).
26. Vienna Resolution Forest V5 «Climate Change and Sustainable Forest Management in Europe» 2003. URL: http://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_vienna_resolution_v5.pdf (дата звернення: 16.09.2020).
27. Warsaw Resolution W2 «Forest and Water 2007. URL: http://www.foresteurope.org/docs/MC/MC_warsaw_resolution2.pdf (дата звернення: 16.09.2020).
28. Козачук О.А. Адміністративно-правові засади діяльності лісової охорони. Автореферат дис... кан.юрид. наук: 12.00.07. Науково-дослідний інститут публічного права. Київ, 2017. 16 с.
29. Довідка про міжнародну діяльність Держлісагентства, його територіальних органів, підвідомчих організацій та підприємств у 2013 та у січні-травні 2014 року. URL: http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article?art_id=120418&cat_id=81209 (дата звернення: 18.09.2020).

Dyachuk N.D.,

Lecturer at the Department of Business Law

Faculty of Law

Uzhhorod National University

ANTHROPO-ORIENTED EVOLUTION OF INTERNATIONAL LAW AND ITS IMPACT ON THE CONTENT OF DIPLOMATIC PROTECTION

Антропоорієнтована еволюція міжнародного права та її вплив на зміст дипломатичного захисту

Krylov M. A.

Key words:

anthropo-oriented evolution of international law, human rights, diplomatic protection, discretionary law of the state, individual rights, de lege lata, de lege ferenda.

Ключові слова:

антропоорієнтована еволюція міжнародного права, права людини, дипломатичний захист, дискреційне право держави, індивідуальні права, de lege lata, de lege ferenda.

Постановка проблеми. До 1945 року міжнародне право майже повністю залишало на розсуд держав питання поведінки з їх власними громадянами, які не мали прямих прав або зобов'язань на міжнародній арені, і тому повністю покладалися на свою державу громадянства для інтернаціоналізації будь-яких претензій, в яких вони брали участь. У цей період здійснення дипломатичного захисту носило виключно міждержавний характер, між державою громадянства і державою-порушницею.

Проте Друга світова війна ознаменувала різкий поворот в міжнародній правовій системі щодо статусу фізичних осіб. Перш за все, покарання військових злочинців в Нюрнберзькому і Токійському трибуналах з військових злочинів «вказувало на те, що міжнародне право стосується не тільки дій суверенних держав, а й накладає обов'язки і відповідальність на окремих осіб, а також на держави»¹, тенденція, яка пізніше була підтверджена Генеральною Асамблеєю ООН², Комісією міжнародного права ООН³ і досягла апогею із заснуванням постійного Міжнародного кримінального суду згідно з Римським Статутом⁴.

Крім накладення відповідальності, кінець Другої світової війни також заклав тенденцію до посилення визнання існування прямих прав людини на міжнародній арені шляхом розробки нового стандарту захисту, почасти викликаного бажанням запобігти повторенню злочинів проти людяності.

Стан дослідженості проблеми. Питання, пов'язані із дипломатичним захистом, не залишалися поза увагою дослідників міжнародного права. Зокрема, інтерес представляють роботи С. Ф. Амерасінгха (C. F. Amerasinghe), Е. Борчарда (E. M. Borchard), І. А. Веделя, А. Вермеєр-Кюнцлі (A. Vermeer-Künzli), Д. С. Гвоздецького, В. В. Єпіфанова, О. В. Попкової, Ш. Содікова та ін. Проте всі ці дослідники є закордонними, а в Україні тема хоча і мала місце у дослідженнях юристів-міжнародників, але комплексне висвітлення у наукових працях відсутнє.

Метою цієї статті є аналіз антропо-орієнтованої еволюції міжнародного права та її вплив на зміст дипломатичного захисту.

Виклад основного матеріалу. Основні міжнародні права були визнані за фізичними особами спочатку в рамках розвитку міжнародного права прав людини, за яким потім пішло міжнародне інвестиційне право, а останнім часом й інші області, такі як консульське право і регіональні інтеграційні системи. Крім того, важливим і революційним аспектом цієї тенденції було визнання процесуальних прав окремих осіб

¹ Sohn L. B. The New International Law: Protection of the Rights of the Individuals Rather than States. *American University Law Review*. 1982. Vol. 32. P. 1-64. - С. 10.

² Генеральна Асамблея ООН підтвердила Нюрнберзькі принципи в Резолюції 95, Док. ООН A/64/Add.1 (1947) і шляхом затвердження на основі консенсусу визначення агресії в Резолюції 3314, Док. ООН A / 9631 (1974).

³ У 1949 році КМП також включила такі принципи в проект «Кодекс про злочини проти миру і безпеки людства» (Доповідь Комісії міжнародного права Генеральній Асамблеї, 4 підпункту ГА ООН з адміністративних питань (№ 10), Док. ООН A / 925 (1949).

⁴ Римський статут Міжнародного кримінального суду, прийнятий 17 липня 1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text.

за міжнародним правом, головним чином шляхом прямого доступу таким особам для подачі скарг на держави в різні регіональні механізми захисту прав людини та ООН, а також механізми врегулювання інвестиційних спорів, і шляхом створення спеціальних *ad hoc* міжнародних трибуналів і комісій.

Визнання того, що в міжнародному праві спостерігається така індивідуально-орієнтована тенденція, не означає, однак, що окремі особи замінили держави в якості суб'єктів на міжнародній арені. Деякі з індивідуальних матеріальних прав не мають механізмів реалізації, і, хоча можна стверджувати, що деякі з них є обов'язковими по міжнародному звичаєвому праву, інші залишаються в області правил «м'якого права», що викликає сумніви в їх практичному ефекті. В цілому і не вдаючись в тривалу дискусію про те, чи є окремі особи суб'єктами міжнародного права чи ні (тема, що виходить за рамки цього дослідження), ми повинні визнати, що поступово людині надаються права і зобов'язань на міжнародній арені, і незаперечно, що в даний час, слідуючи міркувань Хіггінса, фізичні особи є учасниками⁵ в рамках міжнародного правопорядку, який, тим не менш, як і раніше, по суті, але вже не виключно, залишається міждержавним.

Хоча сьогодні люди користуються більш значними засобами міжнародного захисту своїх прав, ніж раніше, дипломатичний захист залишається більш важливою процедурою захисту, ніж в даний час є захист прав людини. До тих пір, поки держава залишається домінуючим суб'єктом міжнародних відносин, вимоги держав щодо порушення прав своїх громадян залишається найбільш ефективним засобом захисту прав людини, хоча і може бути і обмежене. Вважаємо, що, оскільки матеріальне і процесуальне право в даний час входить в міжнародну правову систему і з огляду на нинішній стан міжнародної спільноти, було б безрозсудно відмовитися від інституту дипломатичного захисту. Як уже зазначалося, не можна заперечувати, що дипломатичний захист завжди піддавався нападкам і що більш сильні держави знаходяться в кращому положенні при здійсненні дипломатичного захисту. Таким чином, проблема полягає насамперед у занадто грубих практиках, а не в самому інституті дипломатичного захисту.

З другої половини XX століття існує безліч різних процесуальних механізмів захисту прав людини. Деякі з таких механізмів є міждержавними, але тим не менш дозволяють людині поставати безпосередньо перед ними. Серед них *універсальними* є механізми, засновані на Статуті Організації Об'єднаних Націй, які включають розгляд індивідуальних скарг щодо «систематичних, достовірно підтверджених грубих порушень прав людини» Комісією з прав людини в рамках механізму, створеного відповідно до Резолюції 1503 (XLVIII) від 1970 року⁶.

Що стосується *договірних механізмів*, індивідуальні скарги можуть бути спрямовані, зокрема, в Комітет з прав людини, створений згідно з МПГПП (за умови ратифікації Факультативного протоколу потерпілою державою), Комітет з ліквідації расової дискримінації або Комітет проти тортур, що засновані відповідно до Конвенції про ліквідацію расової дискримінації і Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження, відповідно.

На *регіональному рівні* індивідуальні скарги можуть подаватися безпосередньо до Європейського суду з прав людини (відповідно до Протоколу 11 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року) і Міжамериканську комісію з прав людини (Комісія може пізніше передати справу до Суду); індивідуальні скарги можуть бути розглянуті Африканською комісією з прав людини і народів тільки в тому випадку, якщо вони стосуються «серії серйозних або масових порушень прав людини і народів» (ст. 58 (1) Африканської хартії прав людини і народів).

Однак *ефективність* засобів правового захисту, що надаються механізмами захисту прав людини, як і раніше досить обмежена. На універсальному рівні, як заявив Дугард, «сумна правда полягає в тому, що лише деякі з окремих осіб в обмеженому числі країн, які визнають право індивідуального звернення до контрольних органів цих конвенцій, отримали або будуть отримувати задовільні засоби захисту по цих конвенцій»⁷. На регіональному рівні, хоча ця тенденція і позитивна, успіх, який демонструє європейська система, як і раніше залишається недосяжним в нових американських або африканських системах; і як і раніше залишається бажаною регіональна система захисту прав людини в Азії.

Важливим кроком у міжнародному визнанні індивідуальних процесуальних прав стало становлення міжнародних трибуналів і комісій, що створюються *ad hoc* для розгляду претензій громадян однієї держави проти іншої держави в зв'язку з кризою або конфліктом між двома державами. Два найбільш важливих приклада представлені в практиці Трибуналу з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами і Компенсаційної комісії Організації Об'єднаних Націй (ККООН), які, як підкреслив Кокотт, «відображають реакцію на сучасні події в міжнародному праві»⁸.

⁵ Higgins R. Problems and Process: International Law and How we Use It. Oxford, Clarendon Press, 1994. 266 p. - С. 50.

⁶ Процедура рассмотрения сообщений о нарушении прав человека и основных свобод: Резолюция 1503 (XLVIII) Экономического и Социального Совета от 27 мая 1970 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_287#Text.

⁷ Первый доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Р. Дугардом. ООН. A/CN.4/506/Add.1. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/414523>. Пар. 25.

⁸ Kokott J., Report on "The Exhaustion of Local Remedies". London Conference, International Law Association Reports, 2000. P. 604-654. - С. 609.

Трибунал з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами Америки був створений в 1981 році¹ з метою вирішити численні претензії, що виникли між Іраном і США і їх громадянами, як впливають з боргів, контрактів, експропріацій і інших заходів, які зачіпають права власності². Це третейський суд, юрисдикція якого, крім міждержавних, поширювалася на «розгляд претензій громадян Сполучених Штатів Америки проти Ірану і вимоги громадян Ірану проти Сполучених Штатів Америки»³, надаючи їм прямий доступ до них, навіть у разі наявності подвійного громадянства обох держав⁴. З подачею позову в суд з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами будь-яка інша процедура розгляду була виключена. У цьому сенсі дипломатичний захист не може здійснюватися державою громадянства особи до розгляду його претензій в Трибуналі.

Проте, ці сучасні відступлення від традиційної точки зору на дипломатичний захист відображають сучасні, антропо-орієнтовані тенденції. По-перше, захист не залишається на розсуд держави громадянства, оскільки дозволяє іншій особі, установі або органу, що уповноважені Радою Безпеки, подавати позов, якщо держава цього не робить. По-друге, і це найголовніше, під мандатом ККООН приватні особи отримують *пряме право на відшкодування* в зв'язку з тим, що мандат ККООН можна розглядати як зобов'язуючий державу, яка подає позов (та фактично є державою, що захищає згідно з дипломатичним захистом) про виплату компенсації на користь фізичної особи. І дійсно, в керівних документах ККООН неодноразово визнається, що виплати компенсації «доступні особам, які зазнали втрат»⁵, і незважаючи на те, що було визнано, що «розподіл компенсації буде залежати від кожного відповідного уряду», в той же день після такого визнання Рада створила цілий механізм спостереження за таким розподілом, і подальше рішення регулює «повернення нерозподілених коштів»⁶. Таким чином, як заявив Ранделзхофер і Томушатамі, ККООН є прикладом механізму «який поєднує в собі традиційні елементи дипломатичного захисту з певним ступенем свободи дій для людей відстоювати свої права на свій розсуд»⁷.

Існування індивідуальних прав безпосередньо за міжнародним правом в різних областях недавно було визнано Міжнародним Судом у справах Лаграндів і Авени (стосовно консульських прав, передбачених Віденською конвенцією про консульські зносини 1963 року), а також було визнано Комісією міжнародного права ООН в коментарі до статті 33 Статей про відповідальність держави 2001 року: «Індивідуальні права за міжнародним правом можуть також виникати поза рамками прав людини. Ряд можливостей підтверджується рішенням Міжнародного суду у справі Лагранд, в якій Суд ухвалив, що стаття 36 Віденської конвенції про консульські зносини «створює індивідуальні права, на які в силу статті I Факультативного протоколу може посилається в цьому Суді держава громадянства затриманої особи»⁸.

Традиційне уявлення про дискреційний характер здійснення державою дипломатичного захисту несумісне з взаємодоповнюваністю і пріоритетом індивідуальних прав, які лежать в основі дипломатичного захисту. З огляду на обмежений доступ окремих осіб до міжнародних судів і неефективність багатьох з таких прямих механізмів, було визнано, що держава повинна нести обов'язок захищати такого громадянина і діяти від його імені, коли його права порушуються (що дає реальне право на дипломатичний захист потерпілого). Однак міжнародні спроби в цьому сенсі були досить мізерними:

По-перше, *de lege lata*, невеликий крок вперед був забезпечений правом на дипломатичний захист *lato sensu*, що закріплюється в статті 20 Договору про Європейське Співтовариство (хоча і обмеженим регіональним рівнем і не стосується дипломатичного захисту *stricto sensu*), з якого випливає відповідне (не-

¹ Algiers Accords, January 19, 1981. Agreement between Iran and the U.S. to resolve the hostage situation. International Legal Materials. 1981. Vol. XX. P. 230-233. URL: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf. с. 230-233.

² На даний момент їм було винесено понад 4000 судових рішень, а крайній термін для пред'явлення вимог було встановлено в 1982 році.

³ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (1981). *American Journal of International Law*. 1981. Vol. 77. C. 836, ст. II, п. 1.

⁴ Algiers Accords, January 19, 1981. Agreement between Iran and the U.S. to resolve the hostage situation. *International Legal Materials*. 1981. Vol. XX. P. 230-233. URL: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf. Ст. IV, пар. 3. Трибунал не вимагав попереднього вичерпання національних засобів правового захисту.

⁵ Provisional Rules for Claims Procedure, approved by the UNCC's Governing Council at the 27th meeting, 6th session held on June 26, 1992, S/AC.26/1992/10. URL: <https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/S-AC.26-DEC%2010%20%5B1992%5D.pdf>.

⁶ Двадцять шестой доклад исполнительного секретаря в соответствии со статьей 41 Временного регламента урегулирования претензий. Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, Совет управляющих. S/AC.26/2004/9. 2 July 2004.

⁷ Randelzhofer A., Tomuschat C. State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 1999. с. VIII.

⁸ Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Texts and Commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Commentary to art. 33, par. (3), C. 209.

дискреційне) зобов'язання з боку держав-членів ЄС (ст. 5 (1a)).⁹ Ще один внесок може бути виведений з положення ККООН, згідно з яким, якщо держава не пред'являє позов від імені фізичної особи, це може зробити інша особа або орган і, таким чином, подолати дискреційні права (розсуд) держави на заявлення претензій.

По-друге, *de lege ferenda*, Спеціальний доповідач Дугард запропонував, щоб Комісія міжнародного права ООН включила в проект Статей про дипломатичний захист положення, відповідно до якого держави будуть *на міжнародному рівні зобов'язані* здійснювати дипломатичний захист щодо своїх громадян, які зазнали шкоду за кордоном шляхом серйозних порушень норм *jus cogens*, якщо громадянин запитує допомогу і йому не було надано прямий доступ до міжнародного суду¹⁰. Однак текст, сформульований під натиском зусиль Дугарда, став прийнятним для більш консервативної Комісії міжнародного права ООН, але досить слабким, оскільки знімав з держав такий обов'язок, якщо він «серйозно загрожував б життєвим інтересам держави і / або її народу», – положення, схильне легкому маніпулюванню.

По-третє, деякі автори¹¹ відзначають в судовій практиці європейських органів з прав людини невелику тенденцію до майбутньої можливості посилатися на право на дипломатичний захист від збитків, отриманих відповідно до статей 2, 3 та 4 Європейської конвенції про права людини. Хоча Комісія неодноразово заявляла, що відповідно до статті 1 Конвенції не існує права на дипломатичний захист і що навіть якщо держава була зобов'язана захищати своїх громадян, вона користувалася б великою дискреційною владою в його здійсненні, Фласс стверджує, що рішення Суду у Справі Банкавіча, в якій визнано, що фраза «в межах їх юрисдикції» може включати кілька *екстратериторіальних* дій, серед яких «визнані державою випадки екстратериторіальної юрисдикції, включаючи випадки, пов'язані з діяльністю її дипломатичних або консульських представництв за кордоном»¹², може бути використано в майбутньому як аргумент для ствердження такого права на дипломатичний захист за умови, що «позитивні зобов'язання» держав відповідно до такого інструмента повинні включати екстратериторіальні зобов'язання процесуального характеру¹³. Проте, ця конструкція залишається лише на теоретичному рівні, а її поширення за межі дипломатичного захисту *lato sensu* (якою вона, як видається, обмежена) і практичні наслідки ще належить довести.

Нарешті, деякі держави дійсно включили в своє національне законодавство обов'язок надавати дипломатичний захист своїм громадянам. Найбільш часто як приклад наводять право Німеччини, яка в Веймарській конституції 1919 року (і більш ранніх) закріпила, що «всі громадяни, як знаходяться в межах території Рейху, так і поза нею, мають право на захист з боку Рейху по відношенню до іноземних держав» (ст. 112 Конституції 1919 року), – це положення, хоча і не було перенесено в Основний закон 1949 року, розглядалося як вченими, так і німецькими судами як існуючий неписаний конституційний обов'язок, відповідно до якого «органи Федеративної Республіки зобов'язані захищати громадян Німеччини в їх конституційних правах та їх інтересах щодо третіх держав. Якщо цей обов'язок не виконано, це може бути об'єктивним порушенням Конституції». Однак ефективність цього зобов'язання сумнівна – як заявив з цього приводу Дж. Ресс: «Німеччина визнає у своїй правовій системі конституційне право кожного громадянина на дипломатичний захист, але це право дуже близько до *nudum iuris*» (лат. – голе право. – М. К.)¹⁴.

Людино-орієнтована еволюція міжнародного права вплинула на традиційний погляд на дипломатичний захист. Традиційне розуміння дипломатичного захисту як дискреційного права держави сьогодні серйозно заперечується зростаючим визнанням прав особистості міжнародним правом. В даний час очевидно, що в основі дипломатичного захисту лежить не порушення права держави через своїх громадян, а реальне порушення індивідуальних прав таких громадян, що тягне за собою додаткове порушення прав держави. Беручи це до уваги, слід послабити традиційну залежність від необмеженої свободи розсуду держави при прийнятті рішення про здійснення дипломатичного захисту. Держава повинна враховувати інтереси особи, що захищається, оцінюючи їх в якості першого кроку перед прийняттям рішення про подачу позову, і, як мінімум, утримуватися від таких дій, коли це може завдати шкоди таким індивідуальним інтересам (про що може свідчити відмова людини від дипломатичного захисту після того, як їй буде завдано шкоди).

Зважаючи на вищевикладене традиційна ідея про те, що відшкодування, отримане в результаті вимоги про дипломатичний захист, виключно і цілком належить державі-заявнику (яка не несе ніяких додаткових

⁹ Provisional Rules for Claims Procedure, approved by the UNCC's Governing Council at the 27th meeting, 6th session held on June 26, 1992, S/AC.26/1992/10. URL: <https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/S-AC.26-DEC%2010%20%5B1992%5D.pdf>.

¹⁰ Первый доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Р. Дугардом. ООН. A/CN.4/506/Add.1. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/414523>. п. 74.

¹¹ Ress G. La pratique allemande de la protection diplomatique. *La Protection diplomatique*. Bruylant: Mutations contemporaines et pratiques nationales, 2003. P. 121-151.

¹² Решение ЕСПЧ Банкович и другие против стран НАТО от 12 декабря 2001 г. URL: <https://roseurosud.org/r/st-1/resheniya-espch-bankovich-i-drugie-protiv-stran-nato>.

¹³ International protection of human rights and victim's rights. J. F. Flauss, editor. Brussels: Bruylant; 2009. C. 50-53.

¹⁴ Ress G. La pratique allemande de la protection diplomatique. *La Protection diplomatique*. Bruylant: Mutations contemporaines et pratiques nationales, 2003. P. 121-151. C. 150-151.

зобов'язань по її розподілу на користь фізичної особи), застаріла. Сьогодні права людини на відшкодування шкоди або судовий контроль над розподілом часто надаються в області прав людини і спеціальних комісій та трибуналів по претензіях. Дійсно, це одне з найважливіших наслідків будь-якого визнання прав особистості на міжнародній арені.

Висновки. Внаслідок еволюції статусу людини на міжнародному рівні розвивається і звичаєве право в області дипломатичного захисту. Процес кодифікації, що відбувається в рамках Комісії міжнародного права ООН, не відображає на сьогоднішній день всієї повноти такого впливу. Незважаючи на те, що перші статті, підготовлені в рамках проекту, адаптувалися до цієї еволюції щодо сфери застосування і умов здійснення дипломатичного захисту, вони як і раніше дотримуються традиційної точки зору, вважаючи, що дипломатичний захист є абсолютно дискреційним правом держави.

Таким чином, робота Комісії міжнародного права ООН проігнорувала людино-орієнтовану еволюцію міжнародного права в двох найбільш фундаментальних питаннях, що лежать як в основі, так і на вершині механізму дипломатичного захисту: в його правовій природі і відшкодуванні, отриманому в результаті цього. Поки кодифікація не визнає, що сьогодні в основі такого механізму лежать взаємодоповнюючі права держави і особистості, і до тих пір, поки держава зберігає за собою абсолютне право на відшкодування збитку, отримане в результаті дипломатичного захисту, будь-які інші спроби «прогресивного розвитку» (в рамках застосування і умов здійснення) дипломатичного захисту втрачає своє значення: вони не мають реальних практичних наслідків для людини, яка залишається у владі необмеженого розсуду своєї держави.

Анотація.

Людино-орієнтована еволюція міжнародного права вплинула на традиційний погляд на дипломатичний захист як дискреційного права держави. В даний час очевидно, що в основі дипломатичного захисту лежить не порушення права держави через своїх громадян, а реальне порушення індивідуальних прав таких громадян, що тягне за собою додаткове порушення прав держави. Беручи це до уваги, слід послабити традиційну залежність від необмеженої свободи розсуду держави при прийнятті рішення про здійснення дипломатичного захисту. Держава повинна враховувати інтереси особи, що захищається, оцінюючи їх в якості першого кроку перед прийняттям рішення про подачу позову, і, як мінімум, утримуватися від таких дій, коли це може завдати шкоди таким індивідуальним інтересам (про що може свідчити відмова людини від дипломатичного захисту після того, як їй буде завдано шкоди).

Summary.

The individual-oriented evolution of international law has influenced the traditional view of diplomatic protection as a discretionary right of the state. It is now obvious that the basis of diplomatic protection is not a violation of the rights of the state through its citizens, but a real violation of the individual rights of such citizens, which entails an additional violation of the rights of the state. With this in mind, the traditional dependence on the state's unrestricted discretion in deciding on diplomatic protection should be weakened. The state should take into account the interests of the protected person, assessing them as a first step before deciding to file a lawsuit, and at least refrain from such actions when it may harm such individual interests (as evidenced by a person's refusal of diplomatic protection after it is damaged).

References:

1. Sohn L. B. The New International Law: Protection of the Rights of the Individuals Rather than States. American University Law Review. 1982. Vol. 32. P. 1-64.
2. Римський статут Міжнародного кримінального суду, прийнятий 17 липня 1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text.
3. Higgins R. Problems and Process: International Law and How we Use It. Oxford, Clarendon Press, 1994. 266 p.
4. Процедура рассмотрения сообщений о нарушении прав человека и основных свобод: Резолюция 1503 (XLVIII) Экономического и Социального Совета от 27 мая 1970 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_287#Text.
5. Первый доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Р. Дугардом. ООН. A/CN.4/506/Add.1. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/414523>. Пар. 25.
6. Kokott J., Report on "The Exhaustion of Local Remedies". London Conference, International Law Association Reports, 2000. P. 604-654. - С. 609.
7. Algiers Accords, January 19, 1981. Agreement between Iran and the U.S. to resolve the hostage situation. International Legal Materials. 1981. Vol. XX. P. 230-233. URL: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf. с. 230-233.
8. Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (1981). American Journal of International Law. 1981. Vol. 77. С. 836, ст. II, п. 1.

9. Provisional Rules for Claims Procedure, approved by the UNCC's Governing Council at the 27th meeting, 6th session held on June 26, 1992, S/AC.26/1992/10. URL: <https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/S-AC.26-DEC%2010%20%5B1992%5D.pdf>.

10. Двадцать шестой доклад исполнительного секретаря в соответствии со статьей 41 Временного регламента урегулирования претензий. Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, Совет управляющих. S/AC.26/2004/9. 2 July 2004.

11. Randelzhofer A., Tomuschat C. State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 1999. с. VIII.

12. Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Texts and Commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Commentary to art. 33, par. (3), C. 209.

13. Ress G. La pratique allemande de la protection diplomatique. La Protection diplomatique. Bruylant: Mutations contemporaines et pratiques nationales, 2003. P. 121-151.

14. Решение ЕСПЧ Банкович и другие против стран НАТО от 12 декабря 2001 г. URL: <https://roseurosud.org/r/st-1/resheniya-espch-bankovich-i-drugie-protiv-stran-nato>.

15. International protection of human rights and victim's rights. J. F. Flauss, editor. Brussels: Bruylant; 2009. C. 50-53.

Visegrad journal on human rights – № 6 (volume 2), 2020

Publisher



PANEURÓPSKA
VYSOKÁ ŠKOLA

Pan-European University
Faculty of Law Tomášikova,
10 Bratislava



Uzhhorod National
University
Faculty of Law
Kapitul'na, 26 Uzhhorod



Public organization
„LEX PRO OMNES”
Microva, 2529 Humenne



Public organization
„Association of International
Educational and Scientific
Cooperation”
Kapitul'na, 26 Uzhhorod

ISSN 1339-7915

Layout :
Ivanna Polianska