

**VISEGRAD
JOURNAL
ON HUMAN RIGHTS**

Nº 5, 2020

Editorial board

Slovak Republic

prof. JUDr. Dalibor Jílek, CSc.
prof. Ing. PhDr. JUDr. Michael Siman, PhD.
doc. JUDr. Boris Balog, PhD.
doc. JUDr. Katarína Chovancová, PhD., LL.M., MCI Arb
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

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

Poland

Prof. JUDr. Piotr Stanisz

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

Russian Federation

Prof. JUDr. Oleksandr Sevrukov, 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



**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”
Mierová, 2529 Humenné



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

Registered number: EV 5051/14

Contents

| | |
|---|----|
| ➤ Judicial lawmaking as a product of judicial discretion | 8 |
| <i>Судова правотворчість як продукт судової дискреції</i> <i>Anisimov Oleh</i> | |
| ➤ Moldova as a potential source of ethno-political instability in the eastern European region: some political and legal aspects | 14 |
| <i>Молдова як потенційне джерело етнополітичної нестабільності в східноєвропейському регіоні: окремі політико-правові аспекти</i> <i>Aslanov Stellas</i> | |
| ➤ Ratio of fixation judicial proceedings and of the right to public hearing | 18 |
| <i>Співвідношення фіксування судового провадження з правом на публічний розгляд справи</i> <i>Berezyuk Viktoriya</i> | |
| ➤ Peculiarities of the subject of evidence in judicial control proceedings | 24 |
| <i>Особливості предмету доказування в судовому контрольному провадженні</i> <i>Biesida Hanna</i> | |
| ➤ The latest constitutions in the history of world constitutionalism | 30 |
| <i>Dmytro Byelov</i> | |
| ➤ Man-member of the territorial community in the light of globalization processes | 34 |
| <i>Людина – член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів</i> <i>Bobrovnik Denis</i> | |
| ➤ Administrative contract: analysis of scientific approaches to understanding the category | 42 |
| <i>Адміністративний договір: аналіз наукових підходів до розуміння категорії та її змісту</i> <i>Voiko Oleksandr</i> | |
| ➤ Legal force of the precedent in countries of the traditional law legal family | 49 |
| <i>Юридична сила прецеденту в країнах правової сім'ї традиційного права</i> <i>Bondarenko Yevheniia</i> | |
| ➤ Human self-presentation (personality) in the territorial community: theoretical approaches to understanding and significance | 53 |
| <i>Самопрезентація людини (особистості) в територіальній громаді: теоретичні підходи до розуміння та значущості</i> <i>Boyarsky Alexander</i> | |
| ➤ Constitutional complaint in the exercise of the right to protection in court: foreign experience and Ukraine | 60 |
| <i>Конституційна скарга в реалізації права на захист у суді: зарубіжний досвід та Україна</i> <i>Brezina Tatiana</i> | |
| ➤ Intellectual property law and antitrust law in the Czech republic and Ukraine: a comparative legal analysis | 65 |
| <i>Право інтелектуальної власності та антимонопольне законодавство у Чеській Республіці та Україні: порівняльно-правовий аналіз</i> <i>Budka Ruslan</i> | |

| | |
|---|-----|
| <p>▼ Application the international legal standards in criminal proceedings against minors by courts.....</p> <p><i>Застосування судами міжнародних правових стандартів у кримінальних провадженнях відносно неповнолітніх</i></p> <p><i>Buldakova Karina</i></p> | 72 |
| <p>▼ Euthanasia and bioethics: correlation issues</p> <p><i>Myroslava Hromovchuk</i></p> | 76 |
| <p>▼ Specific of realisation of the right for safe and healthy environment in the context of Eurointegration of Ukraine</p> <p><i>Особливості реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в контексті євроінтеграції України</i></p> <p><i>Vasilchuk Larisa</i></p> | 80 |
| <p>▼ Formalized national normative sources of administrative law</p> <p><i>Формалізовані національні нормативні джерела адміністративного права</i></p> <p><i>Kapran Ruslan</i></p> | 86 |
| <p>▼ Autonomy of law as a problem of understanding the social status of legal norms</p> <p><i>Geselev Oleksiy</i></p> | 92 |
| <p>▼ Features of the indictment as a variety of procedural decisions.....</p> <p><i>Особливості обвинувального акта як різновиду процесуальних рішень</i></p> <p><i>Glynianyi Oleksandr</i></p> | 98 |
| <p>▼ Instantaneous and continuing breaches of an international obligation of the state</p> <p><i>Миттєві та триваючі порушення міжнародно-правових зобов'язань держави</i></p> <p><i>Grabovich Tetyana</i></p> | 104 |
| <p>▼ Independence of the advocacy: world trends and challenges of today.....</p> <p><i>Незалежність адвокатури: світові тенденції та виклики сьогодення</i></p> <p><i>Demchina Tatiana</i></p> | 111 |
| <p>▼ The ratio of international law and national regulation of property rights</p> <p><i>Співвідношення міжнародно-правового і національного регулювання права власності</i></p> <p><i>Dobrev M.</i></p> | 117 |
| <p>▼ Subjects of statute of limitations</p> <p><i>Суб'єкти позовної давності</i></p> <p><i>Yefimov Alexander</i></p> | 122 |
| <p>▼ Constitutional principles of state symbols and their role in creating national identity</p> <p><i>Конституційні засади державних символів та їх роль у створенні національної ідентичності</i></p> <p><i>Kakaulina Lyudmila</i></p> | 129 |
| <p>▼ Le principe d'efficacité dans la pratique internationale: problèmes de définition et d'application</p> <p><i>Принцип ефективності у міжнародній практиці: проблеми визначення та застосування</i></p> <p><i>Karvatska Svitlana</i></p> | 138 |

| | |
|--|-----|
| <p> Legal status of a tax resident in the system of international taxation 143 <i>Правовий статус податкового резидента в системі міжнародного оподаткування</i> <i>Kosse Dmytro</i> </p> | 143 |
| <p> Legal guarantees for public servants in case of dismissal on the grounds of oath-breaking..... 150 <i>Юридичні гарантії державних службовців у випадку звільнення на підставі «порушення присяги»</i> <i>Kravchuk Ostar</i> </p> | 150 |
| <p> On the problematic issues of criminal qualification of consequences in the form of negligent infliction of death of a person during the performance of professional activities by medical workers 155 <i>Щодо проблемних питань кримінально-правової кваліфікації наслідків у вигляді необережного заподіяння смерті особи під час здійснення своєї професійної діяльності медичними працівниками</i> <i>Lutskyi Taras</i> </p> | 155 |
| <p> Constitutional and legal fundamentals (fundamental principles) of decision-making by higher collegiate bodies of state power of Ukraine and their components 160 <i>Конституційно-правові засади (основоположні принципи) ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України та їх складові</i> <i>Oleksii Liubchenko</i> </p> | 160 |
| <p> Countering illegal activities of the defender: the function of the prosecutor in the criminal proceedings 166 <i>Nyzhnyk Hryhorii</i> </p> | 166 |
| <p> The role of general theoretical science in the formation of legal ideology..... 171 <i>Роль загальнотеоретичної науки у формуванні правової ідеології</i> <i>Ochkolias Dmytro</i> </p> | 171 |
| <p> Historical and legal aspects of the problem of origins and historical boundaries of Ukrainian statehood..... 176 <i>Історико – правові аспекти проблеми витоків та історичних меж української державності</i> <i>Petsa Dmytro, Halas Volodymyr</i> </p> | 176 |
| <p> General characteristics of the civil procedural legal status of minors as participants in a civil case 181 <i>Загальна характеристика цивільного процесуального правового статусу малолітніх і неповнолітніх осіб як учасників цивільної справи</i> <i>Piliak Nazar</i> </p> | 181 |
| <p> Development of the institute of exemption from punishment for illness in the historical and legal aspect during the period from the 1750s to the 1910s on the territory of modern Ukraine 186 <i>Розвиток інституту звільнення від покарання за хворобою у історично-правовому аспекті в період з 1750-х років до 1910-х років на території сучасної України.</i> <i>Polishchuk Nazariy</i> </p> | 186 |
| <p> Current issues of further development of local government in the context of European integration processes of Ukraine..... 192 <i>Актуальні питання подальшого розвитку місцевого самоврядування в контексті євроінтеграційних процесів України</i> <i>Polshchukov Ihor</i> </p> | 192 |

| | |
|--|-----|
| <p>▼ The legal obligations in the context of implementing the human right to gender identity</p> <p><i>Правові обов'язки у контексті реалізації права особи на гендерну ідентичність</i> <i>Porovuch Tereziia</i></p> | 197 |
| <p>▼ Forensic database of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine and their use in the investigation of criminal offenses</p> <p><i>Криміналістичні обліки Міністерства внутрішніх справ України та їх використання при розслідуванні кримінальних правопорушень</i> <i>Prykhodko Vladlen</i></p> | 201 |
| <p>▼ Theoretical and legal aspects of the problem of effectiveness of international treaties</p> <p><i>Теоретико-правові аспекти проблеми ефективності міжнародних договорів</i> <i>Rahulina Kseniia</i></p> | 205 |
| <p>▼ The state of scientific development of an electronic document as evidence in criminal proceedings</p> <p><i>Стан наукового розроблення електронного документа як доказу у кримінальному провадженні</i> <i>Ratnova Alina</i></p> | 210 |
| <p>▼ The impact of the European court of human rights on the providing system of the constitutionality of legal acts in Ukraine</p> <p><i>Вплив Європейського суду з прав людини на систему забезпечення конституційності нормативних актів в Україні</i> <i>Riznyk Serhiy</i></p> | 215 |
| <p>▼ Activities of courts of general jurisdiction in the system of constitutional security: general principles</p> <p><i>Діяльність судів загальної юрисдикції в системі забезпечення конституційної безпеки: загальні засади</i> <i>Svitlyk Oksana</i></p> | 221 |
| <p>▼ State sovereignty: information dimension</p> <p><i>Суверенітет держави: інформаційний вимір</i> <i>Solodka Olena</i></p> | 224 |
| <p>▼ Management process in the field of standardization and certification of household services</p> <p><i>Суб'єкти публічної адміністрації у сфері стандартизації і сертифікації побутових послуг</i> <i>Tereshko Alina</i></p> | 231 |
| <p>▼ Legal fundamentals of information activity of the armed forces of Ukraine</p> <p><i>Правові засади інформаційної діяльності Збройних сил України</i> <i>Tychna Bohdana</i></p> | 235 |
| <p>▼ Ownership of a physical medium, certifying the acquisition of intellectual property rights, as a structural element of the constitutional right of everyone to own, use and dispose of the results of their intellectual activity</p> <p><i>Право власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, як структурний елемент конституційного права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної діяльності</i> <i>Uvarov A.</i></p> | 240 |

| | |
|---|-----|
| Bankruptcy of individuals engaged in independent professional activities in Ukraine | 246 |
| <i>Банкрутство осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, в Україні</i> <i>Khudenko Maryna</i> | |
| Family legal relations in the mechanism of legal regulation of family relations | 252 |
| <i>Сімейні правовідносини в механізмі правового регулювання сімейних відносин</i> <i>Cherneha Vitalii</i> | |
| Concepts and elements of administrative and legal status of jurors in Ukraine | 257 |
| <i>Поняття та елементи адміністративно-правового статусу присяжних в Україні</i> <i>Chesak Victoria</i> | |
| Evolution of the legal doctrine of neutrality | 262 |
| <i>Еволюція правової доктрини нейтралітету</i> <i>Shalelashvili Shota</i> | |
| Functioning of the ministry of mechanical engineering, military and industrial complex and conversion as a stage in the management of the military and commercial industry of Ukraine | 265 |
| <i>Функціонування міністерства машинобудування, військово-промислового комплексу та конверсії як етапу в управлінні військово-промисловим комплексом незалежної України</i> <i>Yarusevych Anna</i> | |
| The nationalization with(out) respect for human rights | 272 |
| <i>Yatsenko Semyon</i> | |
| Problems of determination of punishment and sentencing for authority, office and service position abuse in accordance with the criminal code of Ukraine | 275 |
| <i>Проблеми визначення караності та призначення покарання за зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за Кримінальним кодексом України</i> <i>Yatsinina Marta-Maria</i> | |

Judicial lawmaking as a product of judicial discretion

Судова правотворчість як продукт судової дискреції

Anisimov Oleh

Keywords:

judicial lawmaking, judicial discretion, court, rule of law, retrospective action

Ключові слова:

судова правотворчість, судова дискреція, суд, верховенство права, ретроспективна дія

Постановка проблеми. Тривалий час Україна перебувала у складі Радянського союзу, що призвело до пріоритетності позитивізму в праві, верховенство права ототожнювалось із верховенством закону, існування судової правотворчості заперечувалось, внаслідок невідповідності існуючій правовій доктрині. У силу положень статті 6 Конституції України¹, яка закріплює поділ державної влади в Україні на законодавчу, виконавчу та судову, суду відведено роль правозастосувача та інтерпретатора права². Правотворчість залишалась сферою діяльності парламенту та частково уряду.

Статична природа парламенту та недосконала юридична техніка, унеможлиблює своєчасність та абсолютну визначеність в законах, що призводить до лакун, які необхідно заповнювати. Окрім цього, слід зазначити, що органи виконавчої влади, які відповідно до положень частини 2 статті 19 Конституції України зобов'язані діяти на підставі, в межах та спосіб передбачений Конституцією та законами України, не можуть повноцінно та оперативно реагувати на виклики сьогодення.

Цю нішу в правовому регулюванні займають суди, які є більш мобільними та гнучкими, при вирішенні питань щодо заповнення існуючих лакун в праві. Отже, саме суди, з метою забезпечення визначеності у праві мають «добудувати» норму в існуючому нормативному полі. Однак така діяльність судів носить свої ризики, які насамперед пов'язані з ретроспективністю реалізації такої норми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням питання судової дискреції та судової правотворчості, займались В.А. Туманов, С.В. Шевчук, В.С. Нерсенянц, Д.Ю. Хорошковська Д.Ю., А. Барак, Н.В. Стецик, Р. Дворкін та інші. Однак, чимало питань по цій темі залишаються не вирішеними, зокрема актуальними є питання пов'язані з судовою правотворчістю, її легітимізація та співіснування з законотворчістю.

Метою статті є дослідження судової правотворчості як продукту судової дискреції та проблематика її реалізації.

Виклад основного матеріалу. Унікальність правової природи суду полягає в тому, що суд є великим урівнювачем, повноваження якого уможливають забезпечення прав будь-якої особи, незалежно від її соціального статусу на судовий захист, який ґрунтується на справедливості.

Саме справедливість обумовлює пошук судом способів ефективного захисту порушеного права особи, незалежно від якості правового регулювання правовідносин. Наведене в тому числі здійснюється в межах дискреційних повноважень суду (судова дискреція), які носять творчий характер та особливо проявляються при заповненні прогалин у праві, шляхом застосування аналогії права та виходу суду за межі закону, який суперечить Конституції України.

Дискреційні повноваження суду, надають останньому можливість бути суб'єктом правотворчості, яка урегульовує правовідносини через призму верховенства права. З цього приводу слід навести слова Д.Ю. Хорошковської яка зазначила, що результати прояву суддівського розсуду виражаються в нових правоположеннях, вироблених при вирішенні конкретних справ³.

¹ Конституція України від 28.06.1996//Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. с. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 16.08.2020).

² Нерсенянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий//Судебная практика как источник права. — М.: Юрист, 2000. — С. 107.

³ Хорошковська Д. Ю. Роль суддівського розсуду в судовій практиці /Д. Ю. Хорошковська // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 8 (34). – С. 86.

Отже, судова правотворчість є правовим продуктом, практичної реалізації судової дискреції, а тому їй притаманні властивості останньої. Але перед тим, як перейти до безпосереднього висвітлення цього питання, надамо семантичний аналіз правотворчості.

Насамперед зазначимо, що за своєї словесною структурою «правотворчість» означає творення права. У науковій літературі під «правотворчістю» розуміють: форму державної діяльності, що спрямована на створення правових норм, а також на їх подальше вдосконалення, зміну або скасування⁴; діяльність держави по виданню, зміні та скасуванню нормативних правових актів⁵; «один із етапів правотворення, правова форма діяльності держави та уповноважених організацій з прийняття, зміни, призупинення дії і скасування юридичних норм»⁶; створення загальних правових норм⁷.

Різновидом правотворчості є судова правотворчість, яка наділена усіма ознаками правотворчості та який притаманні спеціальні ознаки, а саме: «здійснення спеціально-уповноваженими судовими органами; пов'язаність із реалізацією функцій судової влади; здійснення в особливій процесуальній формі; спрямованість правотворчої активності на встановлення нормативно-правових приписів»; їх фіксація в судових правотворчих актах⁸; субсидіарний характер; ретроспективність дії.

Конституція України прямо не наділяє суд повноваженнями на творення права, однак така діяльність нерозривно пов'язана з природою правосуддя та судового контролю, під час яких судом усуваються лакуни (прогалини) та долаються суперечності законів з Основним Законом України.

Усунення прогалин та додання суперечностей законів з Основним Законом України є творчим процесом, який відбувається під час реалізації судової дискреції. Суд, здійснюючи вибір найбільш оптимального рішення, створює до цього не існуюче правило поведінки, яке, після набрання рішенням суду законної сили, носить загальнообов'язковий характер.

Передумовою для виникнення та поширення судової правотворчості в Україні, стали ряд факторів, що впливають із соціально-економічних потреб сучасної цивілізації, зокрема: а) збільшення кількості нормативно-правових актів (законодавчий спам), які не якісно врегульовують правовідносини; б) надання дискреційних повноважень органам державної влади та місцевого самоврядування, без встановлення чітких меж розсуду; в) делегування правотворчих функцій органам виконавчої влади; г) розширення дискреційних повноважень суду за волею законодавця; д) відсутність своєчасного законодавчого врегулювання продуктів еволюції (криптовалюта тощо).

Такі передумови для судової правотворчості в Україні не є унікальними, оскільки аналогічні причини також наводять іноземні дослідники, зокрема російський науковець В.О. Туманов вважає, що причинами виникнення судової правотворчості в Федеративній Республіці Німеччина є: «наявність у законодавстві суттєвої кількості каучукових понять та норм, що припускають різноманітне тлумачення; наявність компромісних законів, що відбивають співвідношення парламентських сил, та які практично завжди можуть бути витлумачені судом у бажаному напрямі; кількісне зростання законодавства, що призводить до його «інфляції» та відкриває можливості для суддівського маневрування»⁹.

Окрім викладеного, варто зазначити, що поширення ролі судової правотворчості в Україні обумовлено необхідністю наявності практичних інструментів правового характеру, які б уможливили протистояння суду в системі «стримувань та противаг» законодавчій та виконавчій влади, на засадах верховенства права.

У контексті наведеного варто навести думки професора С.В. Шевчука, який звернув увагу на те, що «... суттєве зростання ролі органів правосуддя для успішного функціонування системи державних органів сучасних держав пояснюється необхідністю забезпечення функціонування системи стримувань та противаг, і особливо при визначенні конституційності законодавства. ...»¹⁰.

За таких обставин може стверджувати, що еволюційні процеси є підґрунтям змін в правовому регулюванні та вимагають від права своєчасності та зрозумілості в регулюванні, що може забезпечити суд.

Традиційний «жорсткий» поділ влади, запропонований Ш. Монтеск'є є не актуальним, оскільки не здатний якісно урегулювати суспільне життя в Україні. Суд вже не є виключно «вустами, що вимовляють слова

⁴ Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. // Под общей редакции академика Российской академии наук, доктора юридических наук, профессора В.С. Нерсесянца.- М.: НОРМА, 2004. – с. 307.

⁵ Морозова Л.А. Теория государства и права. Учебник, 4-е издание // Морозова Л. А. Теория государства и права — М.: Изд. Эксмо, — 2009. — С. 221.

⁶ Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник. 2-е видання, перероблене і доповнене. Відповідальний редактор доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПН України Зайчук О.В. К.: Юрінком Інтер. -2008.- с.355.

⁷ Барак. А. Судейское усмотрение / А. Барак; пер. с англ.; вступ. ст. чл.-корр. РАН, д.ю.н., проф. М.В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – с.120.

⁸ Стецик Н.В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика / Н.В. Стецик // Часопис Академії адвокатури України – 2010. – № 8. – С. 1.

⁹ Туманов В.А. К критике концепции «судейского права»// Советское государство и право. — 1980. — № 3. — С.113

¹⁰ 125. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат. – 2007.- с.11.

закону»¹, суд є субсидіарним творцем права, легітимізація якого залежить від рівня довіри до нього та відданості йому народу України.

У державах які сповідують стандарти західної демократії, творення права є основною функцією парламенту, який може частину правотворчих повноважень делегувати виконавчій владі, що зокрема слідує із положень статті 116 Конституції України. А. Барак називав таку діяльність вторинним законодавством².

Разом з цим, суд, здійснюючи правозастосування, у разі наявності прогалин у праві, проводить правотворчу діяльність, оскільки створює нове (неіснуюче до цього) правове урегулювання. З даного приводу слід навести слова Б. Діксон, який зауважив, що всі три гілки влади приймають участь в правотворчості, але вони творять право різними способами, і тому їх правотворчість відміна за своєї природою³.

Така діяльність суду є відмінною від правотворчої діяльності законодавчої та виконавчої влади, оскільки її підґрунтям є потреба врегулювати не якісно врегульоване або врегульоване всупереч положень Конституції України, однак природа реалізації новоствореної норми від цього не змінюється.

У науковій літературі судову правотворчість називають побічним продуктом акту правосуддя, оскільки вона не самостійна⁴ і з цим не посперечається.

Дійсно суд не є активним учасником суспільних відносин, який самостійно може ініціювати державницькі зміни. Здійснюючи правотворчу діяльність, суд орієнтується на наявну нормативно-правову базу та виправляє її дефекти «точково», і за обсягом така діяльність не настільки об'ємна, як у законодавчої та виконавчої влади. Як зазначив М.І.Козюбра «...подолання прогалин у законодавстві, вирішення колізій, невідповідність існуючих нормативних приписів основоположним правам людини – це ті виключні випадки, в яких суд на підставі відповідної аргументації може виступити як суб'єкт правотворення»⁵.

За природою свого походження судова правотворчість є похідною від судової дискреції, а тому її засади є такими самими. Однією з засад судової дискреції є людиноцентризм, який притаманний і судовій правотворчості. Саме ця засада утворює головне, первинне завдання судової правотворчості, яким є гарантія захисту основоположних прав, свобод та інтересів людини, які в силу несправедливого посягання на них, потребують негайного поновлення.

У той ж час визначеність у правовідносинах, вплив суду в системі «стримувань та противаг» є вторинними завданнями судової правотворчості, однак водночас обов'язковими.

Однак не всі науковці притримуються такого бачення ролі судової правотворчості, а інколи її існування взагалі заперечується. Такі твердження, засновані на ідеалі «жорсткого» розподілу державної влади в системі «стримувань та противаг», де кожна гілка влади виключно виконує притаманні їй функції, та тим, що оскільки суддя не є виборною посадою, то він не може підміняти собою законодавчий орган, який наділений правом від народу здійснювати правотворчість.

Зокрема відомий український конституціоналіст В.М. Шаповал, надаючи характеристику змісту принципу поділу влади, наголошував на тому, що жодна з трьох гілок влади не повинна втручатися в повноваження іншої влади і тим більше зливатися з іншою владою; закони повинні володіти вищою юридичною силою і прийматися тільки законодавчими органами; «виконавча влада повинна займатися в основному виконанням законів і тільки обмеженою нормотворчістю»⁶.

Здійснюючи правотворчу діяльність, суд опирається виключно на право, оскільки нічого іншого у нього немає. Стаття 55 Основного Закону України передбачає, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Водночас кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [38].

Однак, як забезпечити ці конституційні гарантії, якщо правових механізмів, визначених законодавчою або виконавчою владою не має? Така невизначеність є рушійною силою для судової правотворчості, оскільки суд, за відсутності правового регулювання, зобов'язаний створити умови та надати судовий захист порушеного права шляхом створення норми права, виходячи із конституційних принципів та загальних засад права.

Конституційний Суд України в своєму рішенні від 25.12.1997, № 9-зп у справі за конституційним зверненням Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води), наголо-

¹ Montesquieu C.–L., de. *The Spirit of Laws* / Carrithers D., ed. — Berkeley: University of California Press, 1977. — P. 209.

² Барак. А. Судейское усмотрение / А. Барак; пер. с англ.; вступ. ст. чл.-корр. РАН, д.ю.н., проф. М.В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – с.121.

³ B.Dickson. *The Judiciary — Law Interpreters or Law Makers?* // *Manitoba L. J.* 1982 № 1. P. 5, 12.

⁴ Барак. А. Судейское усмотрение / А. Барак; пер. с англ.; вступ. ст. чл.-корр. РАН, д.ю.н., проф. М.В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – с.121.

⁵ Загальна теорія права. Підручник. За загальною редакцією доктора юридичних наук, професора М.І. Козюбри. К.: Ваїте. – 2015. – с.202

⁶ Загальна теорія права. Підручник. За загальною редакцією доктора юридичних наук, професора М.І. Козюбри. К.: Ваїте. – 2015. – С.49.

шував на тому, що «суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Така відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене. Водночас юрисдикція судів, тобто їх повноваження вирішувати спори про право та інші правові питання, поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі»⁷.

Аналізуючи наведене вище, варто прийти до висновку, що у разі порушення суб'єктивних права особи, навіть за відсутності правового урегулювання способу та форм захисту такого права, суд має відкрити провадження у справі та надати особі необхідний (такий що відповідає загальноприйнятій уяві) судовий захист порушеного права.

Такий підхід знайшов, своє формальне вираження у процесуальних законах, зокрема в частині 4 статті 6 Кодексу адміністративного судочинства України⁸, частині 10 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України⁹ та частині 11 статті 11 Господарського процесуального кодексу України¹⁰, згідно яких забороняється відмова в розгляді та вирішенні судової справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

З наведених вище норм слідує, що сам законодавець, усвідомлюючи свою нездатність урегулювати якісно та своєчасно правовідносини, наділив суд повноваженнями правотворця, оскільки без таких повноважень вирішити судову справу за наявності «неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини» не можливо.

Разом з цим, судова правотворчість може стати «Чорним лебедем» Насіма Талеба, оскільки для правової системи вона є винятковою, абсолютно несподіваною, може справити колосальний вплив та пояснення її виникнення відбудеться постфактум¹¹.

Зокрема, судова правотворчість, як і право загалом, мають бути легітимні, при цьому така легітимність повинна бути формалізованою, а не ґрунтуватись виключно на нормах моралі, традиції або релігії. У даному разі формальність потрібна для забезпечення визначеності у правовідносинах, що сприяє довірі до суду.

Принцип формальної легітимності застосовується до діяльності будь-якого органу влади, особливо до діяльності судової влади, оскільки вона перевіряє, чи діють інші гілки влади в межах права. Як підкреслив А. Барак «той, хто досліджує і перевіряє, чи законно діють інші, повинен перш за все домагатися, щоб його власна діяльність була законною»¹².

Саме через легітимність проявляється сила влади, тобто якщо люди її визнають, розуміють та віданні їй, вони її підтримують, інакше влада втрачає підтримку, а разом з ним і вплив в системі «стримувань та противаг». Розуміння влади залежить від її передбачуваності та послідовності.

Ретроспективність судової правотворчості порушує правову визначеність у правовідносинах, оскільки не є очікуваною. Однак вона має бути максимально зрозумілою для суб'єктів правовідносин, що посилює її легітимність. Творення права судом здійснюється виключно під впливом верховенства права, яке в силу своєї суперечливості породжує суперечність самої правотворчості, оскільки при її здійсненні суд ретроспективно створює норми права, які врегульовують правовідносини сторін судової справи. З даного приводу Р. Дворкін зазначав, що така діяльність судів порушує принципи верховенства права¹³, однак такий процес і неминучим у силу технічної не спроможності законодавчої та виконавчої влади, якісно урегулювати суспільні правовідносини.

⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води) від 25.12.1997, №9-зп // Офіційний вісник України від 22.01.1998 — 1998 р., № 1, стор. 169, стаття 25, код акта 4621/1998 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97#Text> (дата звернення 16.08.2020).

⁸ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005, №2747-IV (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). // Офіційний вісник України, 2005, N32 (26.08.2005), С.1918 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

⁹ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004, 1618-IV (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). // Офіційний вісник України, 2004, N 16 (07.05.2004), С.1088 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

¹⁰ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991, №1798-XII (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). // Відомості Верховної Ради України, 1992, N6 (11.02.92), С.56 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення 16.08.2020).

¹¹ Талеб Н. «Чорний лебідь. Про (не) ймовірне у реальному житті. Переклад з англійської Микола Климчук. 3-е видання. «Наш формат». Київ, 2020. с. 9-10.

¹² Барак. А. Судейское усмотрение / А. Барак; пер. с англ.; вступ. ст. чл.-корр. РАН, д.ю.н., проф. М.В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – с.128

¹³ Дворкін Р. Верховенство права. /Філософія права і загальна теорія права /№1/2013.– К., 2013. – С.19.

Правотворчість суду може породжувати, як права так і обов'язки, однак виходячи із завдань правосуддя, а також сутності Конституції України, суд не може породжувати ретроспективно обов'язки для людини, оскільки це б суперечило верховенству права в частині людиноцентризму та розумності. Отже, ретроспективно, внаслідок судової правотворчості, можуть визначатися лише права людини. Оскільки для забезпечення прав людини суб'єкти владних повноважень мають проявити певну владну активність, а також враховуючи те, що верховенство право підкорює державу людині, судова правотворчість може визначати обов'язки для такого суб'єкта ретроспективно.

У даному разі ми маємо виходити з того, що у разі правової суперечки між державою та будь-яким суб'єктом приватного права, держава має поступитись останньому, оскільки саме на ній лежить провина щодо неналежного правового врегулювання відносин.

Висновок. Підсумовуючи викладене слід зазначити, що судова правотворчість це складна інтелектуально-вольова діяльність суду, яка має враховувати те, що навіть одне рішення у звичайній справі, має потенціал стати правовою позицією, дія якої може охопити всю державу та суттєво вплинути на її соціально-економічну діяльність. Суд має пам'ятати щодо ретроспективності його позиції та передбачувати її інтеграцію в майбутнє. Лише такий підхід до реалізації судової дискреції забезпечить довіру до суду, як органу справедливості та відданість людей, які будуть готові його підтримувати незалежно від суб'єкта зазіхання на його самостійність

Анотація

У статті досліджено судову правотворчість як продукт судової дискреції, а також проблематика її реалізації. Зокрема, визначено поняття судової правотворчості в Україні, її вплив на легітимність суду, а також проаналізовано діяльність суб'єктів такої правотворчості. Проаналізовано наслідки ретроспективності дії судової правотворчості, їх вплив на довіру до суду. Вироблено та обґрунтовано пропозиції застосування судової правотворчості в практичній діяльності.

Abstract

The article examines judicial lawmaking as a product of judicial discretion, as well as the problems of its implementation. In particular, the concept of judicial lawmaking in Ukraine, its impact on the legitimacy of the court, as well as the activities of the subjects of such lawmaking. The consequences of retrospectiveness of judicial lawmaking, their impact on trust in the court are analyzed. Proposals for the application of judicial lawmaking in practice have been developed and substantiated.

References:

1. Конституція України від 28.06.1996//Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. с. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 16.08.2020).
2. Нерсесянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий//Судебная практика как источник права. — М.: Юристъ, 2000. — С. 107-112.
3. Хорошковська Д. Ю. Роль суддівського розсуду в судовій практиці /Д. Ю. Хорошковська // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 8 (34). – С. 80–87.
4. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов.// Под общей редакции академика Российской академии наук, доктора юридических наук, профессора В.С. Нерсесянца.- М.: НОРМА, 2004. – 813 с.
5. Морозова Л.А. Теория государства и права. Учебник, 4-е издание // Морозова Л. А. Теория государства и права — М.: Изд. Эксмо, — 2009. — С. 384.
6. Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник. 2-е видання, перероблене і доповнене. Відповідальний редактор доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АпрН України Зайчук О.В. К.: Юрінком Інтер. -2008.- 685 с.
7. Барак. А. Судейское усмотрение / А. Барак; пер. с англ.; вступ. ст. чл.-корр. РАН, д.ю.н., проф. М.В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – 376 с.
8. Стецик Н.В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика / Н.В. Стецик // Часопис Академії адвокатури України – 2010. – № 8. – С. 1–6.
9. Туманов В.А. К критике концепции «судейского права»// Советское государство и право. — 1980. — № 3. — С.111-118.
10. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат. – 2007.- 627 с.
11. Montesquieu C.–L., de. The Spirit of Laws / Carrithers D., ed. — Berkeley: University of California Press, 1977. — P. 209.
12. B.Dickson.The Judiciary — Law Interpreters or Law Makers? // Manitoba L. J. 1982 № 1. P. 5, 12.
13. Загальна теорія права. Підручник. За загальною редакцією доктора юридичних наук, професора М.І. Козюбри. К.: Ваїте. - 2015. – С.396.
14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124

Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води) від 25.12.1997, №9-зп // Офіційний вісник України від 22.01.1998 — 1998 р., № 1, стор. 169, стаття 25, код акта 4621/1998 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97#Text> (дата звернення 16.08.2020).

15. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005, №2747-IV (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). //Офіційний вісник України, 2005, N32 (26.08.2005), С.1918 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

16. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004, 1618-IV (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). //Офіційний вісник України, 2004, N 16 (07.05.2004), С.1088 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення 16.08.2020).

17. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991, №1798-XII (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). //Відомості Верховної Ради України, 1992, N6 (11.02.92), С.56 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення 16.08.2020).

18. Н.Талєб «Чорний лебідь. Про (не) ймовірне у реальному житті». Переклад з англійської Микола Климчук. 3-є видання. «Наш формат». Київ, 2020 . 391 с.

18. Дворкін Р. Верховенство права. /Філософія права і загальна теорія права /№1/2013.– К., 2013. – С. 15-23.

Moldova as a potential source of ethno-political instability in the eastern European region: some political and legal aspects

Молдова як потенційне джерело етнополітичної нестабільності в східноєвропейському регіоні: окремі політико-правові аспекти

Aslanov Stellas

Key words:

Ethnopolitical stability, ethnopolitical conflict, political and legal mechanisms, hybrid war, the concept of national security.

Ключові слова:

Етнополітична стабільність, етнополітичний конфлікт, політико-правові механізми, гібридна війна, концепція національної безпеки.

Постановка проблеми. Вирішальний вплив на етнонаціональну політику та політику безпеки у етнополітичній сфері пострадянських держав має зовнішньополітичний вектор розвитку, рівень взаємозв'язків із сусідніми державами, участь або неучасть у етнополітичних конфліктах. Вибір зовнішньополітичного вектору означає узгодження законодавства етнополітичної та безпекової сфери, етнонаціональної політики з центром інтеграції. Для пострадянських держав характерний розподіл зовнішньополітичних орієнтацій на Європейський Союз (Молдова, Україна, Грузія) та на Російську Федерацію (Білорусь, Вірменія, Казахстан, Таджикистан, Киргизія). К. Хеджман підкреслює, що країни колишнього СРСР – східні сусіди ЄС – традиційно розглядаються як зона конфронтації з Росією, в якій вона чинить негативний вплив на ініціативи Євросоюзу зі сприяння демократії та верховенства закону.¹

Зауважимо, що участь пострадянських держав у етнополітичних конфліктах досить висока як для європейського регіону і головним чинником дестабілізації етнополітичної ситуації або ініціатором (спонсором, підбурювачем) цих конфліктів виступає Російська Федерація. Ця держава проводить агресивну зовнішню етнополітику (порушення територіальної цілісності суверенних держав, втручання в їх справи, нав'язування їм власного бачення розвитку), що спрямована на збереження контролю над усім пострадянським регіоном будь-якою ціною і будь-якими методами. В тому числі незаконними, серед яких фінансування нелегальної діяльності антидержавних формувань, що дестабілізують ситуацію в суверенних державах пострадянського простору, підкуп, політичний тиск, шантаж, хабарництво з метою просування потрібних РФ політичних рішень.

Ступінь наукової розробки проблеми. Аналізують у своїх працях найрізноманітніші аспекти функціонування держави як етнополітичної системи, вивчають політико-правові механізми стабілізації ситуації в межах етнонаціональної політики: О.Антонюк, К.Вітман, В.Євтух, І.Зварич, О.Картунов, А.Кіссе, О.Кривицька, В.Котигоренко, І.Кресіна, В.Крисаченко, О.Куць, О.Натої, Г.Нодія, О.Майборода, О.Маруховська, Л.Нагорна, О.Нельга, М.Обушний, І.Оніщенко, Т.Панфілова, С.Римаренко, Ю.Римаренко, В.Степаненко, Ю.Тищенко, М.Товт, Л.Шкляр, М.Шульга, В.Явір.

Позиціонують етнополітичну стабільність як невід'ємну складову етнополітичної безпеки: М.Вавринчук, А.Іванова, Ю.Калиновський, Ю.Косьмій, І.Набок, Л.Перепелкін, І.Хусаїнов, Н.Ціцуашвілі. Окремі аспекти етнополітичної стабільності, їх роль у забезпеченні національної безпеки держави вивчають: В.Антонов, А.Баланда, Л.Балацько, О.Данильян, О.Дзьобань, М.Дмитренко, В.Ковальський, В.Ліпкан, О.Полтораков, О.Резнікова, О.Фролова.

Метою наукової статті є дослідження окремих політико-правових аспектів етнополітичної стабільності в Республіці Молдова.

Виклад основного матеріалу. Серед етнополітичних конфліктів, в яких визначальну дестабілізаційну роль відіграє Російська Федерація, слід згадати: конфлікт України і Росії за анексований Крим та самопроголошені утворення ДНР та ЛНР на території Луганської і Донецької областей України; конфлікт Молдови

¹ Hagemann C. External Governance on the Terms of the Partner? The EU, Russia and the Republic of Moldova in the European Neighbourhood Policy / C. Hagemann // Journal of European Integration. – 2013. – Vol. 35. – Issue 7. – P. 772.

та Росії за самопроголошену Придністровську Молдавську Республіку на території Молдови; конфлікт Грузії та Росії за самопроголошені Республіку Абхазія та Республіку Південна Осетія на території Грузії; конфлікт Вірменії та Росії, з одного боку, та Азербайджану, з іншого, за самопроголошену Нагірно-Карабаську Республіку на території Азербайджану. Складно не помітити, що у всіх конфліктах є спільний знаменник – вирішальна роль у їх виникненні, ескалації або підтриманні у замороженому стані Російської Федерації.²

Гібридна війна Росії з Україною, що розпочалася 1 березня 2014 року зі вторгнення російських військ на територію України (окупація Криму) під приводом захисту російської національної меншини і супроводжується тривалими воєнними діями на Сході України, змусила пострадянські держави переосмислити роль етнополітичного фактора як потенційної загрози національній безпеці. Однак досі не у всіх державах це знайшло відображення у правовій базі етнонаціональної політики та політики безпеки. У Республіці Молдова основи політики національної безпеки наразі визначають два основні документи: Концепція національної безпеки Республіки Молдова 2008 року та розроблена на її основі Стратегія національної безпеки Республіки Молдова 2011 року, яка конкретизує цілі національної безпеки та шляхи її досягнення.³

Концепція національної безпеки Республіки Молдова багато уваги приділяє етнополітичним факторам нестабільності, що обумовлено участю держави у Придністровському етнополітичному конфлікті практично з моменту її формування. Тому у переліку загроз національній безпеці держави перші позиції обіймають Придністровський конфлікт та ризик виникнення міжетнічної напруги в молдавському суспільстві. Стверджується, що існування сепаратистського режиму дисбалансиє єдину юридичну систему Республіки Молдова, унеможливаючи надання юридичної допомоги громадянам держави в населених пунктах лівобережжя Дністра (Придністров'я) та наражаючи на небезпеку міжнародне правове співробітництво на цій території. Молдова зобов'язується вирішувати проблему гарантування основних прав і свобод, встановлених міжнародними та європейськими правовими механізмами, частиною яких є Придністров'я.⁴

Що ж стосується ризиків виникнення міжетнічної напруги, то в Концепції національної безпеки Республіки Молдова зазначається, що з урахуванням того, що держава є поліетнічною і багатонаціональною, загроза виникнення елементів шовінізму, націоналізму і сепаратизму зберігається. Молдова оцінює своє законодавство у сфері етнополітики як прогресивне, загрози етнічного характеру вважає не дуже вираженими, однак обіцяє враховувати інтереси всіх етнічних груп на території країни у внутрішній та зовнішній політиці.⁵ На актуальність цих етнополітичних загроз національній безпеці Молдови вказує той факт, що всі інші загрози – економічної, соціальної, міжнародної сфери мають нижчу пріоритетність порівняно з етнополітичними загрозами.

Пильна увага до викликів етнополітичної сфери пояснюється постійною етнополітичною нестабільністю та політичною поляризацією в Молдові від початку здобуття державою незалежності. К. Вітман помітив, що, з одного боку, велика кількість громадян Молдови залишається в полоні пострадянських поглядів і орієнтується на Росію, з іншого боку, великої популярності набули націоналістичні погляди уніоністів, прихильників возз'єднання Молдови з Румунією.⁶ Наслідком політики інтеграції до складу Румунії (румунізації) і стала втрата Молдовою частини своїх територій під час Придністровського конфлікту, адже населення лівобережжя Дністра не підтримує цього вектору інтеграції та тяжіє до Росії.

О. Натой підтверджує, що попри невелику територію з географічної точки зору, Молдова позначена суттєвими політико-ідентичними контрастами.⁷ Річ у тому, що праві, орієнтовані на Румунію, націоналістичні партії заперечують існування молдавської нації та молдавської мови, ставлять під сумнів молдавську історію, вважаючи, що Молдова є не окремою, суверенною державою, а невід'ємною частиною Румунії. Цей зовнішньополітичний розкол у Молдові неодноразово ставав фактором як локальної, так і загальнонаціональної етнополітичної нестабільності. Також, за твердженням О. Натой, придністровський режим доклав максимум зусиль, щоб подати Молдову світовій спільноті як агресора, відповідального за всі злочини, правопорушення, та дестабілізувати ситуацію в державі. Тому політика національної безпеки Молдови в першу чергу спрямована на досягнення стабільності.

Чи не найбільші сподівання щодо стабілізації ситуації Молдова покладає на євроінтеграцію. У Концепції національної безпеки Республіки Молдова зазначається, що саме розширення Європейського Союзу є

² Kennedy R. Moldova: Arena of International Influences / R. Kennedy // East European Politics. – 2013. – Vol. 29. – Issue 2. – P. 253-254.

³ Правовые рамки политики безопасности // Политика безопасности Республики Молдова [Електронний ресурс] / Institutul de Politici Publice. – Режим доступу: http://www.ipp.md/public/files/4-Politica_de_securitate_a_Republicii_Moldova.pdf

⁴ Закон №112 от 22.05.2008 «Об утверждении Концепции национальной безопасности Республики Молдова» [Електронний ресурс] / Parliament of the Republic of Moldova. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/ru/328010/>

⁵ Moldova Overview [Електронний ресурс] / World Directory of Minorities and Indigenous Peoples. – Режим доступу: <http://www.minorityrights.org/5019/moldova/moldova-overview.html>.

⁶ Вітман К.М. Наслідки політики румунізації в Молдові / К.М. Вітман // Політологічний вісник. – 2009. – Вип. 42. – С. 173.

⁷ Nantoi O. Nested Identities: from History Books to the Emergence of a Post-Conflict Generation in Moldova / O. Nantoi // Managing Intractable Conflicts: Lessons from Moldova and Cyprus. – Istanbul: Global Political Trends Center. – 2013. – P. 17.

тим фактором, який стабілізує систему європейської безпеки, розширюючи географічний ареал, в якому гарантується демократичний, політичний і економічний розвиток. Адже процес європейської інтеграції та набуття Молдовою статусу члена Європейського Союзу позитивно вплине і зміцнить безпеку Республіки Молдова, а також забезпечить стабільність і процвітання держави.¹

Утім, не менші сподівання у забезпеченні стабільності та безпеки Молдова покладає на власні зусилля. На законодавчому рівні загалом в державі сформовані підвалини для досягнення етнополітичної стабільності. Конституція Молдови у ст. 10 «Єдність народу та самобутність» стверджує, що основою держави постає єдність народу Республіки Молдова, яка є спільною та неподільною батьківщиною всіх її громадян. Держава також визнає і гарантує право всіх громадян на збереження, розвиток та висловлення етнічної, культурної, мовної, релігійної самобутності.²

Цим самим Основний Закон Молдови закладає підвалини етнополітичної стабільності, нейтралізуючи основний чинник дестабілізації – нерівність прав етнічних спільнот.

Також на забезпечення етнополітичної стабільності спрямований головний політичний рамковий документ етнонаціональної сфери – Концепція національної політики Республіки Молдова. Актуальність розробки й прийняття Концепції продиктована необхідністю визначити принципи й завдання державної національної політики, спрямованої на зміцнення незалежності й суверенітету країни, створення сприятливих умов для вільного розвитку всіх етнічних й мовних спільнот, їх інтеграції в єдиний народ Республіки Молдова, – заявляє преамбула документу.

К. Вітман зауважує, що у тексті Концепції національної політики в цілому простежується намагання вберегти суверенітет та незалежність Молдови від деструктивних, дестабілізаційних зовнішньополітичних впливів та сепаратистських відцентрових тенденцій. Однак практично жодних механізмів реалізації своїх положень Концепція не передбачає. Декларативний характер подібних концепцій національної та етнонаціональної політики країн пострадянського простору є типовим недоліком цих документів, – зауважує вчений.³

Що ж стосується Стратегії національної безпеки, прийнятої Молдовою у 2011 році, то вона набагато більше приділяє уваги питанням забезпечення стабільності, порівняно з аналогами безпекових документів інших держав. Це продиктовано особливою актуальністю проблем політичної, етнополітичної нестабільності для буферної пострадянської держави, частина території якої перебуває у статусі невизнаної держави і не контролюється Кишиневом.

Загалом інтерес до політико-правових засад та особливостей забезпечення етнополітичної стабільності у Молдові викликаний прямими аналогіями з Україною. Головним фактором етнополітичної нестабільності як у Молдові, так і в Україні постає заморожений етнополітичний конфлікт за території, охоплені сепаратизмом, так звані квазідержави – самопроголошені за прямого втручання та підтримки Російської Федерації. Враховуючи той факт, що Молдова, на відміну від України, має доволі тривалий досвід врегулювання етнополітичного конфлікту, вивчення особливостей забезпечення етнополітичної безпеки та етнополітичної стабільності в цій державі дуже важливе для стабілізації етнополітичної ситуації України.⁴

Висновки. Таким чином, особливості забезпечення етнополітичної стабільності у національній безпеці і етнонаціональній політиці Молдови продиктований тим, що головним чинником етнополітичної нестабільності в ній впродовж тривалого часу залишається етнополітичний конфлікт (у замороженій стадії або стадії ескалації), що супроводжується сецесією територій, військовими діями, зовнішнім втручанням. При чому головним зовнішнім фактором дестабілізації етнополітичної ситуації в Україні, Молдові та Грузії – ініціатором (спонсором, підбурювачем) етнополітичних конфліктів виступає Російська Федерація, влада якої використовує зовнішню етнополітичну та військову агресію для досягнення етнополітичної стабільності всередині власної країни. Інтерес до політико-правових засад та особливостей забезпечення етнополітичної стабільності у Молдові викликаний прямими аналогіями з Україною. На відміну від України, вони мають тривалий досвід врегулювання етнополітичного конфлікту, реінтеграції територій, що незаконно вийшли з їх складу, інституційного та правового супроводу цих процесів. Тому вивчення механізмів забезпечення етнополітичної безпеки та етнополітичної стабільності в цих державах важливе для стабілізації етнополітичної ситуації в Україні.

Анотація

У науковій статті автором досліджуються окремі політико-правові аспекти етнополітичної стабільності в Республіці Молдова. Гібридна війна Росії з Україною, що розпочалася 1 березня 2014 року змусила по-

¹ Ciurea C. Moldova between West and East: which comes first, Euro-integration or conflict settlement? / C. Ciurea // International Issues & Slovak Foreign Policy Affairs. – 2013. – №4. – P. 77.

² Конституція Республіки Молдова [Електронний ресурс] / Parliament of the Republic of Moldova. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?id=311496&lang=2>

³ Hughes J. EU Conflict Management / J. Hughes. – Routledge, 2013. – P. 15.

⁴ Simão L. The EU's Conflict Resolution Policies in the Black Sea Area / L. Simão // Journal of Balkan and Near Eastern Studies. – 2014. – Vol. 16. – Issue 3. – P. 311.

страдянські держави переосмислити роль етнополітичного фактора як потенційної загрози національній безпеці. У Республіці Молдова основи політики національної безпеки наразі визначають два основні документи: Концепція національної безпеки Республіки Молдова 2008 року та розроблена на її основі Стратегія національної безпеки Республіки Молдова 2011 року, яка конкретизує цілі національної безпеки та шляхи її досягнення. Загалом інтерес до політико-правових засад та особливостей забезпечення етнополітичної стабільності у Молдові викликаний прямими аналогіями з Україною. Головним фактором етнополітичної нестабільності як у Молдові, так і в Україні постає заморожений етнополітичний конфлікт за території, охоплені сепаратизмом, так звані квазідержави – самопроголошені за прямого втручання та підтримки Російської Федерації.

Summary

The author investigates some political and legal aspects of the ethno-political stability in the Republic of Moldova in the scientific article. Russia's hybrid war against Ukraine, which began on March 1, 2014, forced the post-Soviet states to reconsider the role of the ethno-political factor as a potential threat to their national security. In the Republic of Moldova, the foundations of the national security policy are currently defined in two main documents: the National Security Concept of the Republic of Moldova adopted in 2008 and the National Security Strategy of the Republic of Moldova, developed on the basis of the National Security Concept in 2011, which specifies the national security goals and ways of achieving them. In general, the interest in the political and legal principles and the peculiarities of ensuring the ethno-political stability in Moldova is evoked by direct analogies with Ukraine. The main factor of ethno-political instability in both states Moldova and Ukraine is the frozen ethno-political conflict in the territories affected by separatism, the so-called quasi-states, self-proclaimed with the direct intervention and support of the Russian Federation.

References:

1. Hagemann C. External Governance on the Terms of the Partner? The EU, Russia and the Republic of Moldova in the European Neighbourhood Policy / C. Hagemann // *Journal of European Integration*. – 2013. – Vol. 35. – Issue
2. Kennedy R. Moldova: Arena of International Influences / R. Kennedy // *East European Politics*. – 2013. – Vol. 29. – Issue 2. – P. 253-254.
3. Правовые рамки политики безопасности // Политика безопасности Республики Молдова [Електронний ресурс] / Institutul de Politici Publice. – Режим доступу: http://www.ipp.md/public/files/4-Politica_de_securitate_a_Republicii_Moldova.pdf
4. Закон №112 от 22.05.2008“Об утверждении Концепции национальной безопасности Республики Молдова» [Електронний ресурс] / Parliament of the Republic of Moldova. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/ru/328010/>
5. Moldova Overview [Електронний ресурс] / World Directory of Minorities and Indigenous Peoples. – Режим доступу: <http://www.minorityrights.org/5019/moldova/moldova-overview.html>.
6. Вітман К.М. Наслідки політики румінізації в Молдові / К.М. Вітман // *Політологічний вісник*. – 2009. – Вип. 42. – С. 173.
7. Nantoi O. Nested Identities: from History Books to the Emergence of a Post-Conflict Generation in Moldova / O. Nantoi // *Managing Intractable Conflicts: Lessons from Moldova and Cyprus*. – Istanbul: Global Political Trends Center. – 2013. – P. 17.
8. Ciurea C. Moldova between West and East: which comes first, Euro-integration or conflict settlement? / C. Ciurea // *International Issues & Slovak Foreign Policy Affairs*. – 2013. – №4. – P. 77.
9. Конституція Республіки Молдова [Електронний ресурс] / Parliament of the Republic of Moldova. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?id=311496&lang=2>
10. Hughes J. *EU Conflict Management* / J. Hughes. – Routledge, 2013. – P. 15.
11. Simão L. The EU's Conflict Resolution Policies in the Black Sea Area / L. Simão // *Journal of Balkan and Near Eastern Studies*. – 2014. – Vol. 16. – Issue 3. – P. 311.

Aslanov Stellas,

*Doctor of political sciences, professor of the department of political science
and public administration at Uzhhorod national university*

Ratio of fixation judicial proceedings and of the right to public hearing

Співвідношення фіксування судового провадження з правом на публічний розгляд справи

Berezyuk Viktoriya

Keywords:

criminal proceedings, fixing of criminal proceedings, publicity, openness, basic principles of legal proceedings, pandemic.

Ключові слова:

кримінальне судочинство, фіксування судового провадження, гласність, відкритість, основні засади судочинства, пандемія.

Постановка проблеми. Стаття 8 Конституції України закріпила принцип верховенства права, важливим компонентом якого є право на публічний розгляд справи, яке також закріплено статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі Конвенція), як складова права на справедливий суд. Ратифікувавши Конвенцію¹, Україна взяла на себе міжнародні зобов'язання забезпечити гласне слухання (*publichearing*) справ у судах, що є невід'ємною складовою права на справедливий суд, наданого кожному відповідно до статті 6 цієї Конвенції. Реформаційні процеси в Україні, зокрема, прийняття в 2012 році нового Кримінального процесуального кодексу України (далі КПК), якісно оновили нормативні засади кримінального судочинства. Гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами було визначено загальною засадою кримінального провадження. Однак, попри здобутки останніх реформаційних процесів, рівень довіри населення, який є показником ефективності діяльності судової гілки влади, залишається на низькому рівні. Відтак дослідження питань гласності та відкритості судових слухань наразі є актуальними.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти гласності та відкритості судового провадження досліджували такі вчені, як І. Л. Беспалько, В. В. Король, В. В. Леоненко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, З. В. Макарова, В. Т. Малярєнко, М. І. Сірий, фіксування судового провадження В. В. Білоус, В. А. Дем'янчук, Т. М. Добровольська, Н. М. Максимішин, однак питання співвідношення засад відкритості та фіксуванням судового провадження досліджувалось лише фрагментарно.

Мета статті є отримання наукового результату у вигляді визначення ролі фіксування судового провадження у забезпеченні засади відкритості кримінального провадження та співвідношення відкритості з фіксуванням судового провадження.

Виклад основного матеріалу. Щодо терміну «публічність», який вжито у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року у сенсі «відкритості, гласності, прилюдності, прозорості», то його значення у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві відрізняється від значення в міжнародному законодавстві, зокрема, Конвенції.

Чинним КПК засада публічності визначена, як обов'язок слідчого, прокурора розпочати досудове розслідування, вжити всі передбачені законом заходи для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила, а відтак у термін «публічність» у вітчизняному законодавстві вкладено інший зміст.

В той же час, як свідчить аналіз текстів міжнародних правових актів та практики Європейського суду з прав людини (далі ЄСПЛ), гласність і відкритість судового розгляду ототожнюється у них з його публічністю, оскільки саме остання визнана міжнародним стандартом судочинства.

Таким чином, національне законодавство при визначенні засад судочинства оперує термінами «гласність», «відкритість» та «повне фіксування судового провадження», які за своїм змістом відповідають вимогам Конвенції щодо публічного розгляду справи. В. Т. Малярєнко між гласністю та відкритістю судового процесу не проводить ніяких меж².

¹ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 29.08.2020)

² Малярєнко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 320 с. С. 84-100.

Інші вчені зазначають, що поняття «гласність» та «відкритість» мають багато спільного, але все ж таки не є тотожними.

Зокрема, З. В. Макарова вважає, що відкритість означає доступність кримінального судочинства для всіх громадян, а гласність – не тільки доступність, а і можливість обговорення ходу і результатів кримінального провадження громадськістю, тобто спосіб формування громадської думки³.

З етимологічного аналізу випливає, що термін «гласність» ширше, ніж термін «відкритість», оскільки вміщує в собі весь зміст терміну «відкритість»⁴.

Досліджуючи співвідношення вищевказаних понять, деякі вчені у цей перелік включають термін «транспарентність» (прозорість). Зокрема, А. А. Смола вважає найширшим за змістом та фундаментальним поняттям саме «відкритість», оскільки останнє, на його думку, стосується всього правосуддя, оскільки гласність є засадою лише судового провадження. А гласність, публічність та транспарентність вчений, аналізуючи, як риси судового провадження, вважає складниками відкритості в широкому сенсі придатні для характеристики, як правосуддя так і судової влади в цілому⁵.

З етимологічного та професійно юридичного (словникового) аналізу випливає, що термін «гласність» є ширшим за термін «відкритість», оскільки вміщує в собі весь зміст значення терміна відкритості⁶.

Крім того, як ми зазначали вище, судове провадження може бути проведено у закритому режимі, при цьому така засада, як гласність у закритому судовому засіданні забезпечується шляхом публічного оприлюднення судового рішення.

В контексті дослідження відкритості судового провадження та його співвідношення з гласністю та фіксуванням, вважаємо за необхідне зазначити по наступне.

ЄСПЛ однією з визначальних складових права на справедливий суд визначив публічність судового розгляду. Зокрема, в справі «Дінне проти Франції» від 26 вересня 1995 року у п. 33 ЄСПЛ наголосив, що проведення судових засідань у відкритому режимі становить основоположний принцип, втілений у пункті 1 статті 6 Конвенції. Публічний характер розгляду надає сторонам у справі гарантію, що правосуддя не здійснюватиметься таємно, без публічного освітлення; це також один із засобів підтримання довіри до судів. Забезпечуючи прозорість здійснення правосуддя, публічність дає змогу досягти мети пункту 1 статті 6 Конвенції, а саме – забезпечити справедливий судовий розгляд, гарантія якого є одним з основоположних принципів будь-якого демократичного суспільства, у контексті Конвенції⁷.

Тобто, відкритий розгляд справ дає можливість особам, які не є учасниками судового провадження, безпосередньо знайомитися з роботою суду, що підвищує, зокрема, відповідальність суддів за законне і правильне вирішення справ, сприяє зниженню їх (суддів) суб'єктивізму і дозволяє всім бажаючим переконатися в дотриманні встановлених процесуальним законом правових процедур розгляду справи. І, як справедливо зазначали М.М. Михеєнко, В.Т. Нор і В.П. Шибіко, для підсудного, який вважає себе невинуватою жертвою свавілля і беззаконня, гласність судового процесу надає можливість повернути до своєї прави увагу громадськості, включаючи й світову⁸.

Яким же чином має забезпечуватись відкритість судового провадження в сучасних умовах?

Згідно з частиною 2 статті 315 КПК України з метою підготовки до судового розгляду, суд визначає дату та місце проведення судового розгляду.

Відповідно до частини 3 статті 318 КПК України судове засідання відбувається у спеціально обладнаному приміщенні – залі судових засідань. Таким чином, місцем судового засідання є зала судових засідань у відповідному суді. Однак, переліку, чим саме має бути обладнана зала судових засідань у відповідному суді, закон не містить. Виходячи з імперативного обов'язку суду здійснювати повне фіксування судового провадження технічними засобами, робимо висновок про те, що зала судових засідань має бути обладнана такими технічними засобами (з 01 січня 2020 року з можливістю відеофіксації). Крім того, в залі судових засідань має бути обладнано місце для суду (судді чи колеги суддів), секретаря судового засідання, прокурора, захисника, обвинуваченого, потерпілого, представника, законного представника, конвойної служби (якщо обвинувачений перебуває під вартою), а також, якщо ми говоримо про забезпечення відкритості судового провадження, має бути можливість присутності під час судового провадження осіб, які не є його учасниками – вільних слухачів, представників засобів масової інформації та таке інше.

³ Макарова З.В. Гласность уголовного процесса: Монография / под. ред. З. Зинатулина. Челябинск: ЧГТУ. 1993. 178 с. С. 9.

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови: 25000 / (з дод. і допов.) / уклад., і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ: Ірпінь: Перун, 2007. 1719 с. С. 6.

⁵ Смола А.А. Актуальные вопросы реализации принципа гласности судебного разбирательства в арбитражных судах Российской Федерации. Вестник гражданского процесса. 2012. №5. С. 47-77. С. 48.

⁶ Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 [А-Я] / [уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел]. – К. : Ірпінь : Перун, 2007. – 1719 с; 6

⁷ Дінне проти Франції. Рішення Європейського суду з прав людини від 26 вересня 1995 р. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.precedent.ua/> (дата звернення: 09.09.2020).

⁸ Кримінальний процес України : підручник / М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, В. П. Шибіко. – К. : Либідь, 1992. – 431 с. с. 46.

Однак, відповідно до частин 1,2 статті 338 КПК України, кількість присутніх в залі судового засідання може бути обмежена головуючим лише у разі недостатності місць у залі судового засідання. Близькі родичі та члени сім'ї обвинуваченого та потерпілого, а також представники засобів масової інформації мають пріоритетне право бути присутніми під час судового засідання.

Таким чином, головуючий наділений правом обмежити кількість присутніх в залі судових засідань, тобто фактично не дозволити бути присутніми під час судового провадження осіб, які, відповідно до закону, мають таке право, але внаслідок обставин, які не є процесуальними (розмір та облаштування зали судових засідань), не можуть реалізувати своє право.

Чи буде в такому випадку дотримано засад гласності та відкритості судового провадження навіть за умови здійснення його повного фіксування?

З формальної точки зору, так, бо обмеження головуючим кількості учасників судового провадження передбачено чинним кримінальним процесуальним законом. Але ж чи можна вважати процедуру судового провадження справедливою в тому випадку, коли певна кількість осіб, які мають бажання, а саме головне, мають право бути присутнім під час судового провадження, не мають можливості та доступу до нього через перепони, які навіть не є процесуальними (розмір та облаштування зали судового засідання)?

Відповідаючи на це запитання, приходимо до висновку про те, що відкритість, безпосередньо пов'язана зі способами ведення судового провадження.

При цьому, вважаємо за необхідне зазначити про те, що, аналізуючи способи ведення судового провадження не слід їх ототожнювати з формами форми фіксування судового провадження (журнал судового засідання, електронний носій, стенограма, нотатки та інші).

Чинний КПК передбачає можливість проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження). Такий спосіб ведення судового провадження передбачає можливість проведення судового засідання за умови перебування будь-кого з учасників судового провадження поза межами приміщення суду, який таке провадження здійснює.

Про проведення судового засідання в режимі відео конференції суд ухвалює рішення за власною ініціативою, за клопотанням сторони чи іншого учасника судового провадження. Перелік обставин, за наявності яких, суд може увалити рішення про проведення судового засідання в режимі відео конференції, міститься в чотирьох статтях 1 статті 336 КПК України і не є виключним, оскільки пункт 5 вищезазначеної норми зазначає, що суд має право прийняти рішення про проведення судового засідання в режимі відео конференції, зокрема за наявності інших підстав, визначених судом достатніми.

Така норма національного законодавства станом на 2012 рік, коли набрав чинності КПК України була дуже прогресивною і наразі суди активно використовують надані цією нормою можливості.

Однак, на нашу думку, законодавець не передбачив можливість, коли декілька учасників судового провадження заявляють клопотання про проведення судового засідання в режимі відео конференції з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження) одночасно. При чому такі інші приміщення розташовані в різних містах чи навіть областях. Така можливість сьогодні не передбачена, ані технічно, ані процесуально, хоча в умовах сьогодення, на нашу думку є дуже актуальною.

Як показують реалії сьогодення, відкритість судового провадження, як для сторін, так і для осіб, які не є сторонами і не мають процесуального статусу може бути обмежена на законодавчому рівні не тільки шляхом ухвалення судом рішення про проведення судового провадження у закритому режимі.

11 березня 2020 року Кабінет Міністрів України (далі - КМУ) своєю Постановою № 211 «Про запобігання поширенню на території України корона вірусу COVID - 19» встановив карантин, і на цей період в судах запроваджено особливий режим роботи¹.

В свою чергу, 6 березня 2020 року Рада суддів України у листі №9-рс-186/20 надала рекомендацію встановити судам на період з 16 березня 2020 року до 3 квітня 2020 року особливий режим роботи, зокрема: роз'яснити громадянам можливість відкладення розгляду справ у зв'язку із карантинними заходами та можливість розгляду справ в режимі відеоконференції; припинити всі заходи, не пов'язані з процесуальною діяльністю суду та забезпеченням діяльності органів судової влади (круглі столи, семінари, дні відкритих дверей тощо); припинити проведення особистого прийому громадян керівництвом суду; обмежити допуск в судові засідання осіб, які не є учасниками судових засідань; обмежити допуск у судові засідання та приміщення суду осіб з ознаками респіраторних захворювань; ознайомлення учасників судового процесу з матеріалами судової справи, за наявності такої технічної можливості, здійснювати в дистанційному режимі, шляхом надсилання сканкопій матеріалів судової справи на електронну адресу, зазначену у відповідній заяві, заяви про ознайомлення приймати через дистанційні засоби зв'язку; зменшити кількість судових засідань, що призначаються для розгляду протягом робо-

¹ Постанова Кабінету Міністрів України №211 від 11.03.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020> (дата звернення: 29.08.2020).

чого дня; по можливості здійснювати судовий розгляд справ без участі сторін, в порядку письмового провадження; суддям та працівникам апарату суду при найменших ознаках захворювання вжити заходів щодо самоізоляції, повідомити про свій стан здоров'я відповідну установу охорони здоров'я та керівництво суду телефоном, e-mail².

17 березня 2020 року Вища рада правосуддя ухвалила рішення «Про доступ до правосуддя в умовах пандемії гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2». Зміст такого рішення полягав в наступному: «Здійснення правосуддя суддями у відкритих судових засіданнях за безпосередньою участю сторін процесу в умовах оголошеного КМУ режиму надзвичайної ситуації та карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, створює загрозу для життя та здоров'я суддів, учасників судових засідань, працівників апаратів судів».

Як наслідок, постало питання, як одночасно забезпечити дотримання такої засади кримінального провадження як «гласність» та «відкритість» та захистити населення від інфекційної хвороби?

В такій ситуації, як ніколи актуальними стали альтернативні способи ведення судового провадження, а саме проведення судових засідань дистанційно, в режимі відео конференції.

Статті 336, 354 КПК регламентують порядок здійснення судового провадження в режимі відео конференції (дистанційне судове провадження), наприклад, у разі необхідності забезпечення безпеки осіб; проведення допиту малолітнього чи неповнолітнього свідка, потерпілого; наявності інших підстав, визначених судом достатніми.

При цьому частина 7 статті 336 КПК України містить вимогу про те, що хід і результати процесуальних дій, проведених у режимі відео конференції, фіксуються за допомогою технічних засобів відеозапису.

На наше переконання в умовах сьогодення, зокрема, в умовах розвитку сучасних технологій, деджиталізації суспільного життя та боротьби зі світовою пандемією, доцільним було б запровадження нового способу ведення судових проваджень, а саме – проведення судових засідань в он-лайн режимі на спеціальному каналі в мережі Інтернет чи офіційному телевізійному каналі.

Які переваги має запровадження вищевказаного способу ведення судового провадження в аспекті дотримання принципів гласності відкритості, повного фіксування судового провадження технічними засобами?

По-перше, набагато в більшій мірі може бути забезпечена так звана «зовнішня гласність», тобто присутність під час судового засідання сторонніх осіб (вільних слухачів, ЗМІ, представників громадських організацій та інш.). На сьогодні зали судових засідань більшості судів першої та апеляційної інстанції фізично не можуть вмістити кількість людей, яка перевищує 10-20 осіб. Однак, є кримінальні справи, які мають суспільний резонанс і кількість людей, яка мала би бажання бути присутніми під час розгляду вищезазначених кримінальних проваджень, значно більша. Щодо ж до громадян з особливими потребами, зокрема, інвалідів, то доступ таких громадян до суду ускладнюється відсутністю пандусів, ліфтів та інших умов, які б надали таким громадянам можливість бути активними учасниками суспільного життя, зокрема судового процесу.

По-друге, безпека суддів, учасників процесу та осіб, які не є його учасниками. Непоодинокими є випадки, коли судові засідання були зірвані через порушення порядку ведення судового засідання, а в деяких випадках, навіть мало місце застосування насилля щодо суддів та учасників судового провадження а також хибні та правдиві мінування судів та таке інше.

Сучасні технології спроможні забезпечити ідентифікацію особи, зокрема завдяки електронному підпису, отримання якого також наразі не є вирішуваною проблемою.

Наступним аргументом на користь такого способу ведення судового провадження, є забезпечення неупередженості та запобігання корупційним ризикам, що, в свою чергу, забезпечується завдяки тому, що учасники процесу безпосередньо між собою не контактують.

І, зокрема, у такому випадку, на нашу думку, найбільшим чином буде забезпечена інфекційна безпека.

Як правильно зазначає Л. М. Лобойко, «наразі, в умовах демократичної, правової держави людина визнається найвищою цінністю. Якщо згідно з нормами Конституції України людина є важливішою за державу цінністю, то права людини мають бути предметом правового регулювання, а суспільні відносини право має «вибудувувати» під ці права. А не навпаки, «підлаштовувати» права під суспільні відносини»³.

Відповідно до європейських стандартів у сфері судочинства, усі судові слухання у кримінальних справах або пов'язані з ними судові розгляди мають проводитися, в основному, в усній формі та публічно. Відкритість слухання забезпечує прозорість процесу, і таким чином, забезпечує важливу гарантію

² Рішення ради суддів України №19 від 17.03.2020 р. URL: <http://rsu.gov.ua/ua/documents?id=101&page=4&per-page=8> (дата звернення: 29.08.2020).

³ Лобойко Л. М. Завдання теорії кримінального процесу у зв'язку із ухваленням нового КПК. Теоретичні та практичні проблеми кримінального судочинства: матеріали всеукр. наук.-практ. конф.(м.Донецьк, 19 жовтня 2012 р.). Донецьк: ДЮІ МВС України, 2013. С. 30-32.

інтересів людини і суспільства в цілому. Суди повинні зробити доступною інформацію про час і місце проведення слухання для громадськості та забезпечити необхідні умови для участі зацікавлених представників в роумних межах, з урахуванням, зокрема, потенційного інтересу до справи і тривалості слухання¹.

Таким чином, забезпечивши законодавчу можливість проводити кримінальне судове провадження онлайн, держава вирішить одночасно ряд питань.

Публічність судового провадження, його гласність та відкритість, буде забезпечена, шляхом його проведення в режимі он-лайн, що надасть можливість спостерігати за ходом судового провадження всіх зацікавлених осіб; сторони зможуть приймати участь у судовому провадженні, фізично перебуваючи в тому місці, яке є для них найбільш зручним, таким чином, заощаджуючи час, необхідний для того, що добратися до суду та матеріальні ресурси; особи з обмеженими можливостями, зокрема, інваліди, матимуть можливість особисто безпосередньо приймати участь у судовому провадженні та спостерігати за його перебігом; всім учасникам судового провадження і суду, зокрема, буде забезпечений максимальний рівень безпеки, як фізичної так інфекційної; он-лайн транслявання судового провадження має автоматично фіксуватися технічними засобами зі створенням електронного носія, на якому буде міститися повний запис судового провадження.

Як зазначає П. А. Лупінська, процесуальні гарантії – це ті, що містяться в нормах права, правові засоби, що забезпечують всім суб'єктам кримінальної процесуальної діяльності можливість виконувати обов'язки та використовувати надані права².

Висновки: таким чином, на наше переконання, навіть за наявності нових правил життєдіяльності суспільства в умовах пандемії, судочинство має здійснюватись з дотриманням права на публічний судовий розгляд. Всі державні органи повинні демонструвати єдність у формуванні заходів реагування у зв'язку з COVID-19. А в національних судах можливість проведення онлайн засідань виступатиме процесуальною гарантією дотримання засади гласності та відкритості, навіть за умови пандемії.

Анотація

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань співвідношення фіксування судового провадження, яке визначено конституційною засадою кримінального провадження, з правом на публічний розгляд справи, закріпленим Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. В статті сформульовано науковий результат у вигляді визначення ролі фіксування судового провадження у забезпеченні засади відкритості кримінального провадження та співвідношення відкритості з фіксуванням судового провадження. Автором запропоновано форму проведення судових засідань в форматі он-лайн, що, на думку автора, гарантуватиме дотримання засади гласності та відкритості, навіть за умови пандемії та, в свою чергу, має забезпечити високий рівень, дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників судового провадження у кримінальному процесі, та можливість відновлення цих прав у разі порушення.

Abstract

The article is devoted to the study of problematic issues the ratio of the recording of court, which is determined by the constitutional principle of criminal proceedings, with the right to a public hearing, enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The article formulates a scientific result in the form of determining the role of fixation of court proceedings in ensuring the principle of openness of criminal proceedings and the ratio between openness and fixation of court proceedings. The author proposes a form of online court hearings, which, in the author's opinion, will guarantee adherence to the principles of publicity and openness, even in a pandemic, and, in turn, should ensure a high level of respect for the rights, freedoms and legitimate interests of participants of court proceedings, and the possibility of restoring these rights in case of violation.

References:

1. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 29.08.2020).
2. Маляренко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 320 с.
3. Макарова З.В. Гласность уголовного процесса: Монография / под. ред. З. Зинатулина. Челябинск: ЧГТУ. 1993. 178 с.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови: 25000 / (з дод. і допов.) / уклад., і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ: Ірпінь: Перун, 2007. 1719 с.

¹ Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства / за ред. Д. Вон, І. Зарецька, С. Сученко, В. Валанчус, Ю. Землицька, К. Мадоян. Київ, 2015. 708 с. С. 320.

² Лупинская П.А. Уголовно-процессуальное право российской Федерации / под ред. П.А.Лупинской. Москва: Юристъ. 2005. 797 с. С. 53

5. Смола А.А. Актуальные вопросы реализации принципа гласности судебного разбирательства в арбитражных судах Российской Федерации. Вестник гражданского процесса. 2012. №5. С. 47-77.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 [А-Я] / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.: Ірпінь: Перун, 2007. 1719 с.
7. Дінне проти Франції. Рішення Європейського суду з прав людини від 26 вересня 1995 р. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.precedent.ua/> (дата звернення: 09.09.2020).
8. Кримінальний процес України : підручник / М. М. Михеєнко, В. Т. Ноп, В. П. Шибіко. – К. : Либідь, 1992. – 431 с.
9. Постанова Кабінету Міністрів України №211 від 11.03.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020> (дата звернення: 29.08.2020).
10. Рішення ради суддів України №19 від 17.03.2020 р. URL: <http://rsu.gov.ua/ua/documents?id=101&page=4&per-page=8> (дата звернення: 29.08.2020).
11. Лобойко Л. М. Завдання теорії кримінального процесу у зв'язку із ухваленням нового КПК. Теоретичні та практичні проблеми кримінального судочинства: матеріали всеукр. наук.-практ. конф.(м.Донецьк, 19 жовтня 2012 р.). Донецьк: ДЮІ МВС України, 2013.
12. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства / за ред. Д. Вон, І. Зарецька, С. Сученко, В. Валанчус, Ю. Землицька, К. Мадоян. Київ, 2015. 708 с.
13. Лупинская П.А. Уголовно-процесуальное право российской Федерации / под ред. П.А.Лупинской. Москва: Юристъ. 2005. 797 с.

Viktoriya Berezyuk,

*post-graduate student of the Research institute of the Study of Crime problems named Academician V.V. Stashis
of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine; Judge of the Novomoskovsk City District court of the Dnipropetrovsk region*

Peculiarities of the subject of evidence in judicial control proceedings

Особливості предмету доказування в судовому контрольному провадженні

Biesida Hanna

Key words:

subject of proof, investigating judge, court control proceedings.

Ключові слова:

предмет доказування, слідчий суддя, судове контрольне провадження.

Доказування у теорії кримінального процесу є фундаментальною категорією, яка визначає та спрямовує діяльність сторін кримінального провадження. Важливим є правильне визначення предмету доказування, оскільки його розширення або, навпаки, звуження тягне за собою певні негативні наслідки. Встановлення обставин, з'ясування яких не є необхідним у відповідності до положень КПК, потребує певного часу, що в подальшому впливає на строки розгляду. При цьому, неправомерне звуження предмету доказування суперечить завданням кримінального провадження щодо повного та неупередженого судового розгляду, в тому числі і розгляду слідчим суддею клопотань, заяв та скарг.

Доказування у царині науки розуміють у декількох значеннях.

Одні науковці вважають, що кримінально-процесуальне доказування - це передбачена законом діяльність суб'єктів кримінального процесу зі збирання (формування), перевірки й оцінки доказів та їхніх процесуальних джерел, прийняття на цій основі певних процесуальних рішень і наведення аргументів для їх обґрунтування (мотивації).¹ На думку інших, доказування - це одна з форм практичної діяльності в процесі регулювання суспільних відносин, яка полягає у збиранні, дослідженні, оцінці й використанні інформації, котра за певних умов, визначених процесуальним законом, набуває статусу юридичних доказів.² Також доказування визначають як пізнавальну діяльність, що охоплює як здійснювані відповідно до норм кримінального процесуального закону пошуково-пізнавальні дії (слідчі (розшукові), негласні слідчі (розшукові)), так і мисленнєві операції з оцінки отриманої інформації, та аргументування прийняття процесуальних рішень, що ухвалюються слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом³, як пізнавальну діяльність, наслідком здійснення якої є формування суб'єктивного образу об'єктивної дійсності про подію минулого⁴, та як діяльність розумову, що протікає відповідно до законів логіки, у визначених логічних формах⁵.

Дуже важливим моментом у процесі доказування є збирання і дослідження такої сукупності доказів та їхніх процесуальних джерел, які дозволять з вичерпною повнотою з'ясувати усі компоненти предмета доказування з урахуванням особливостей кожної кримінальної справи⁶.

В юридичній науці предмет доказування також розуміють у декількох значеннях, а саме як: 1) передбачена законом сукупність обставин, які підлягають обов'язковому встановленню у кожній кримінальній справі з метою її правильного вирішення⁷; 2) коло закріплених у законі обставин, що повинні бути встановлені

¹ Нор В.Т. Проблеми теорії і практики судових доказів. Львів. 1978. с. 74-75

² Гончаренко В.Г. Доказування у кримінальному провадженні: науково-практичний посібник. Академія адвокатури. Київ: Прецедент. 2014. С. 8

³ Палюх А.І. Особливості реалізації прокурором своїх процесуальних повноважень під час доказування на досудовому розслідуванні: автореф. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2014. С. 316

⁴ Благута Р.І. Докази та доказування у кримінальному провадженні: навч. посібн. Ю.В. Гуцуляк, О.М. Дуфенюк та ін.. Львів. ЛьвДУВС, 2018. С. 75-76

⁵ Лисеюк А.М. Доказування на досудовому етапі кримінальних проваджень щодо злочинів у сфері незаконного обігу підакцизних товарів: проблеми теорії та практики: монографія. А.М. Лисеюк, Д.Г. Мулявка, А.О. Гончарова. Київ. Видавництво Людмила, 2019. С. 13

⁶ Грошевий Ю.М., Стахівський С.М. Докази і доказування у кримінальному процесі. Науково-практичний посібник (2-е вид., стереотипне). Київ: КНТ. 2007. С. 23

⁷ Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. Киев. Вишняя школа. 1984.с. 99

чи спростовані під час доказування у кожному кримінальному провадженні⁸; 3) систему (сукупність) фактів об'єктивної дійсності, які мають юридичне значення і є необхідними та достатніми фактичними підставами для вирішення кримінальних справ остаточно і по суті⁹; 4) частину суспільних відносин (які є об'єктом доказування) з приводу визначених законом та суб'єктом доказування обставин кримінального правопорушення, які мають правове значення і впливають на вирішення кримінального провадження¹⁰.

Отже, визначення предмету доказування у кримінальному процесі зводиться до виявлення того кола якостей і зв'язків об'єкту пізнання, дослідження яких є необхідним для вирішення завдань і досягнення цілей процесу¹¹.

Викликає дискусії і класифікація предмету доказування. Так, В.С. Зеленецький виділив: загальний предмет доказування, родовий (щодо окремих видів злочинів), спеціальний (у справах про суспільно-небезпечні діяння неосудних і злочини неповнолітніх) та індивідуальний (у кожній конкретній справі)¹². Однак, наприклад, Стахівський С.М. вважав таку позицію непереконливою та необґрунтованою, при цьому підкреслював, що законодавець формулює лише родові властивості даного процесуального інституту і надає можливість органам досудового розслідування та суду їх конкретизувати з урахуванням обставин кожної кримінальної справи та певних складів злочинів¹³.

В юридичній літературі в таких випадках використовують термін «локальний предмет» доказування – сукупність фактичних обставин, які підлягають встановленню під час прийняття окремих рішень, що визначають рух кримінального провадження¹⁴.

Особливості локального предмету доказування в своїх працях досліджували Ю.П. Аленін, В.А. Завтур, І.В. Гловюк, Т.В. Лукашкіна, М. М. Стоянов, А.Р. Туманянц та інші.

Законодавець закріпив у частині 1 статті 91 КПК визначив обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Однак, ці обставини не можуть бути предметом доказування у судовому контрольному провадженні під час досудового розслідування, що дає підстави стверджувати про недосконалість кримінального процесуального закону.

КПК України наділяє слідчого суддю відповідними повноваженнями на стадії досудового розслідування кримінального провадження, які слідчий суддя набуває з моменту звернення та які закінчуються після завершення ним розгляду цього звернення. Специфіку судового контролю у досудовому розслідуванні обумовлюють, перш за все, його мета та завдання.

Особливості предмету доказування у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні полягають у такому.

1) Обставини, що підлягають встановленню під час здійснення судового контролю обумовлені потребою виконання конкретного завдання у кримінальному провадженні

Судовий контроль слідчого судді в порядку, передбаченому КПК України, варто розуміти в часовому смислі – під час розгляду відповідного звернення, у предметному – під час розгляду конкретного питання¹⁵.

Слідчий суддя здійснює розгляд матеріалів, які надійшли виключно в «межах» поданого клопотання, заяви або скарги, встановлює наявність або відсутність фактів та обставин, що мають значення та підлягають доказуванню під час розгляду конкретного клопотання, заяви або скарги. Винятком є повноваження слідчого судді, закріплені в ст. 206 КПК, якою встановлені загальні обов'язки слідчого судді щодо захисту прав людини. При цьому, слідчий суддя діючи у відповідності до положень КПК, забезпечивши необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків, повинен зберігати об'єктивність, неупередженість та «байдужість» до результатів розслідування.

2) Предмет доказування у судовому контрольному провадженні пов'язаний зі встановленням під час «конкретного» розгляду «загальних» умов, за яких є можливим розгляд по суті поданого клопотання, заяви або скарги

Під час вирішення питання про відкриття провадження за скаргою або прийняття до розгляду клопотання, слідчий суддя з'ясовує такі питання: а) питання територіальної юрисдикції знаходження органу досудового розслідування; б) наявність внесених відомостей до Єдиного реєстру досудових розслі-

⁸ Юхно О.О. Доказування у кримінальному провадженні. Курс лекцій. Харків. 2018. С. 16

⁹ Попелюшко В.О. Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: монографія. Київ. Прецедент. 2005. С. 15

¹⁰ Вапнярчук В.В. Загальна характеристика предмету кримінально-процесуального доказування. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. Випуск 3 (74). С. 240

¹¹ Лобойко Л.М. Актуальні проблеми дослідчого кримінального процесу: дис..канд. юрид. наук. Харків, 1997. С. 11

¹² Зеленецький В.С. Предупреждение преступлений следователем. Харьков, 1975. С. 33

¹³ Стахівський С.М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. Монографія. Київ. 2005. С. 20

¹⁴ Завтур В.А. Методологічні та пракселогічні засади вчення про локальний предмет доказування у кримінальному провадженні. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. Випуск 19 (2019). С. 149

¹⁵ Ухвала Першої дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя по справі № 3020/1дп/15-19 від 15.11.2019. URL: <https://hcj.gov.ua/doc/doc/896>

дувань про вчинене кримінальне правопорушення, і відсутності направлено до суду обвинувального акту, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, та відсутності ухваленого рішення про закриття кримінального провадження; в) Подання клопотання в межах встановлених КПК строків досудового розслідування; г) визначення процесуального права особи, яка має право на звернення з клопотанням, заявою або скаргою до слідчого судді; г) чи віднесено до повноважень слідчого судді розгляд поданого клопотання, заяви або скарги.

3) Обставини, що підлягають доказуванню у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні визначаються предметом клопотання, заяви або скарги

Як зазначалось вище, норми, яка б визначала обставини, які підлягають доказуванню у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні, кримінальний процесуальний закон не містить. Законодавець в окремих нормах встановлює вимоги до клопотань та обов'язок доведення певних обставин прокурором, слідчим, в такий спосіб визначаючи предмет доказування в кожному конкретному випадку.

Так, в ст. 132 КПК встановлені загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а саме закріплена необхідність доведення слідчим, дізнавачем, прокурором таких обставин: 1) наявності обґрунтованої підозри щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження; 2) потреби досудового розслідування, яка б виправдовувала такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, дізнавача, прокурора; 3) можливість виконання завдання, для виконання якого слідчий, дізнавач, прокурор звертається із клопотанням. При цьому, в окремих нормах законодавець зазначає про необхідність доведення додаткових обставин слідчим, дізнавачем, прокурором та врахуванням їх слідчим суддею. Наприклад, під час вирішення питання щодо застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою до предмету доказування, входить, окрім вище переліченого, з'ясування обставин, закріплених у ст. ст. 194 КПК, 178 КПК. А щодо арешту - доведення необхідності цього заходу, а також наявності ризиків, передбачених абзацом другим частини першої статті 170 цього Кодексу.

Під час розгляду та вирішення скарг під локальним предметом доказування розуміють - сукупність обставин, якими обґрунтовуються вимоги скарги та заперечення проти неї, а також інші обставини, встановлення яких має значення для постановлення законної та обґрунтованої ухвали (у тому числі обставини, що свідчать про можливість чи неможливість використання доказів, якими обґрунтовуються вимоги або заперечення)¹.

Залежно від предмету скарги та її обґрунтування, й визначається предмет доказування, який здебільшого формується судовою практикою.

4) Встановлення обставин, що мають значення для розгляду клопотання, заяви або скарги можливо, в певних випадках є можливим за відсутності сторони кримінального провадження, потерпілого, або іншої особи, яка має право звертатись до слідчого судді

Законодавець передбачив можливість розгляду деяких клопотань слідчим суддею без участі сторін кримінального провадження, потерпілого. Така можливість визначена в ч. 1 ст. 146 КПК під час розгляду питання про накладання грошового стягнення на особу, в ч. 2 ст. 147 КПК - про скасування ухвали про накладання грошового стягнення, в ч. 1 ст. 172 КПК - клопотання про арешт та в інших випадках.

Вважаємо, що застосована законодавцем така альтернатива у судовому контрольному провадженні, є виправданою, враховуючи встановлені законом строки розгляду клопотань та скарг, мету та завдання судового контролю. Однак, зауважимо, що такий розгляд можливий тільки за умови наявності у слідчого судді матеріалів кримінального провадження, без дослідження яких неможливе прийняття законного, вмотивованого та обґрунтованого судового рішення. Тому витребування слідчим суддею матеріалів кримінального провадження для розгляду клопотання, заяви або скарги є обов'язковою умовою будь-якого розгляду слідчим суддею матеріалів, які надійшли в провадження. У зв'язку з цим вважаємо правильною практикою слідчих суддів, які за власною ініціативою витребують матеріали кримінального провадження для всебічного та неупередженого розгляду клопотання, скарги або заяви, однак це положення потребує законодавчого врегулювання.

5) У судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні не підлягає доказуванню: винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення, а підлягає доведенню існування «обґрунтованої підозри» вчинення кримінального правопорушення

Положеннями пункту 2 частини 1 статті 91 КПК вимагається встановлення винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Винуватість - категорія кримінального процесуального пра-

¹ Пшенічко С.О. Повноваження слідчого судді з розгляду та вирішення скарг у досудовому розслідуванні: автореф. дис... канд. Юрид. наук. Одеса, 2014. С. 13

ва, яка означає доведеність доказами вчинення кримінального правопорушення конкретною особою². Законодавець ставить таку вимогу під час здійснення судового розгляду кримінального провадження.

У судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні не вимагається встановлення винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення, а на прокурора, слідчого покладається обов'язок доведення існування «обґрунтованої підозри» вчинення особою кримінального правопорушення.

Законодавець у КПК не формулює визначення терміну «обґрунтована підозра». З'ясування змісту поняття «підозра» обумовлює необхідність врахування практики Європейського суду з прав людини з питань застосування кримінального процесуального законодавства (ч.1 ст. 9 КПК України).

Так, згідно з практикою ЄСПЛ «підозра» є частиною більш широкого поняття «обвинувачення», яке відповідно до п. 13 ч. 1 ст. 3 КПК України являє собою твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому цим Кодексом.

У розумінні положень, що наведені у рішенні Європейського Суду з прав людини («Нечипорук, Йонкало проти України» №42310/04 від 21 квітня 2011 року), термін «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення³. У справі «Летельє проти Франції» від 26 червня 1991 року Суд наголосив, що наявність вагомих підстав підозрювати затриманого у вчиненні злочину є неодмінною умовою раціональності тримання під вартою⁴. У п. 128 у справі «Кавала проти Туреччини» Європейський суд зазначив, що термін «обґрунтованість» також означає поріг, який підозра повинна подолати, щоб задовольнити об'єктивного спостерігача щодо ймовірності звинувачень⁵.

Доктринальна дискусія з приводу визначення поняття «обґрунтована підозра» зводиться до формулювань таких визначень: 1) підозра, яка ґрунтується на відомостях, що об'єктивно пов'язують підозрюваного із вчиненням кримінальним правопорушенням, при цьому така підозра не може ґрунтуватись лише на тому, що особа вчинила в минулому правопорушення, навіть аналогічне⁶; 2) добросовісне припущення про вчинення особою певного діяння, яке ґрунтується на об'єктивних відомостях, які можна перевірити у судовому розгляді та які спонукали б неупереджену та розумну людину вдатися до практичних дій, щоб з'ясувати, чи є така підозра обґрунтованою⁷; при цьому припущення про вчинення особою певного діяння повинно ґрунтуватись на відомостях, які спонукали б вдатись до практичних дій для перевірки такого припущення⁸; 3) обґрунтоване припущення слідчого та/або прокурора про причетність особи до вчинення кримінального правопорушення, яке формалізоване у повідомленні про підозру, та має бути перевірено для спростування або підтвердження⁹.

Отже, для вирішення питання щодо обґрунтованості повідомленої підозри оцінка наданих слідчому судді доказів здійснюється не в контексті оцінки доказів з точки зору їх достатності і допустимості для встановлення вини особи чи її відсутності, доведення чи недоведення винуватості особи, з метою досягнення таких висновків, які необхідні суду при постановленні вироку, а з тією метою, щоб визначити вірогідність та достатність підстав причетності тієї чи іншої особи до вчинення кримінального правопорушення, а також чи є підозра обґрунтованою, щоб виправдати подальше розслідування або висунення обвинувачення.

Слідчий суддя у судовому контрольному провадженні не вправі вирішувати ті питання, які повинен вирішувати суд під час розгляду кримінального провадження по суті, зокрема оцінювати докази з точки зору їх достатності та допустимості для визнання особи винуватою чи невинуватою у вчиненні кримінальних правопорушень. Слідчий суддя на підставі розумної оцінки сукупності отриманих доказів повинен визначити лише чи є причетність особи до вчинення кримінальних правопорушень вірогідною та достат-

² Тацій В.Я., Пшонка В.П., Портнов А.В. та ін.. Кримінальний процесуальний кодекс. Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1. Харків: Право, 2012. С. 268

³ Рішення Європейського суду з прав людини «Нечипорук, Йонкало проти України» №42310/04 від 21 квітня 2011 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683#Text

⁴ Рішення Європейського суду з прав людини «Летельє проти Франції» від 26 червня 1991 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_159#Text

⁵ Рішення Європейського суду з прав людини «Кавала проти Туреччини» №28749/18 від 10 грудня 2019 року. URL: [file:///C:/Users/User/Downloads/kavala-proti-turechchini-rishennia-espl%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/kavala-proti-turechchini-rishennia-espl%20(1).pdf)

⁶ Грошевий Ю.М., Тацій В.Я., Пшонка В.П. та ін.. Кримінальний процес: підручник/за заг. Ред.. В.Я. Тація, В.П. Пшонки. Харків: Право. 2013. С. 300

⁷ Марчук Н.О., Касько В.В., Куйбіда Р.О., Хавронюк М.І. та ін.. Настільна книга професійного судді (кримінальне провадження)/ за ред. Н.О. Марчук. Київ: Арт-Дизайн, 2015. С. 9

⁸ Слюсарчук Х.Р. Стандарти доказування у кримінальному провадженні: дис.. канд. Юрид. наук. Львів. 2017. С. 105

⁹ Капліна О.В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ України. Випуск 1 (2013). С. 241.

ньою для повідомлення такій особі про підозру. На стадії досудового розслідування слідчий суддя, оцінюючи обґрунтованість підозри, не повинен пред'являти до наданих доказів таких же високих вимог, як у формулюванні остаточного обвинувачення для направлення справи до суду. Обставини вчинення підозрюваним конкретних дій та доведеність його винуватості, потребують перевірки та оцінки у сукупності з іншими доказами у кримінальному провадженні під час подальшого досудового розслідування.

Аналіз специфіки предмету доказування у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні дає змогу сформулювати такі висновки та пропозиції.

1. Предмет доказування у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні можна визначити як сукупність умов та обставин, встановлення яких є необхідним та достатнім для з'ясування обставин, що мають значення для розгляду конкретного клопотання, заяви або скарги, з врахуванням такого ступеня втручання, щоб забезпечити збереження балансу між потребами досудового розслідування та інтересами осіб, права й свободи яких обмежуються.
2. Класифікувати предмет доказування у судовому контрольному провадженні можна на: (а) загальний - обставини, які обумовлюють можливість розгляду слідчим суддею всіх поданих клопотань, заяв або скарг, та (б) спеціальний - обставини, що підлягають встановленню залежно від різновиду клопотання, заяви або скарги.
3. Специфіка предмету доказування у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні перш за все обумовлюється метою та завданнями судового контролю, який здійснює слідчий суддя, за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та він не є тожним предмету доказування у кримінальному провадженні. Предмет доказування у судовому контрольному провадженні відрізняється від предмету доказування у кримінальному провадженні за змістом та колом обставин, які підлягають встановленню, та варіюється залежно від поданого клопотання, заяви або скарги.
4. У теорії кримінального процесуального права необхідним є виділення такого різновиду «локального» предмета доказування, як предмет доказування у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні.

Анотація.

В статті досліджується специфіка предмету доказування у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні. Визначені особливості предмету доказування та здійснено їх аналіз з врахуванням практики Європейського суду з прав людини. Наголошено про необхідність встановлення загальних «умов», за яких є можливим розгляд по суті слідчим суддею клопотання, заяви або скарги. Запропоновано виділити у теорії кримінального процесу такого різновиду «локального» предмета доказування, як предмет доказування у судовому контрольному провадженні у досудовому розслідуванні. Сформульовано поняття предмету доказування у судовому контрольному провадженні та запропоновано його класифікацію.

Summary.

The article examines the specifics of the subject of evidence in the judicial control proceedings in the pre-trial investigation. The peculiarities of the subject of evidence are determined and their analysis is carried out taking into account the practice of the European Court of Human Rights. It is emphasized the need to establish general «conditions» under which it is possible to consider in essence the investigating judge's petition, application or complaint. It is proposed to distinguish in the theory of criminal procedure such a kind of «local» subject of evidence as the subject of evidence in judicial control proceedings in pre-trial investigation. The concept of the subject of evidence in court control proceedings is formulated and its classification is offered.

References:

1. Нор В.Т. Проблеми теорії і практики судових доказів. Львів. 1978. С. 74-75
2. Гончаренко В.Г. Доказування в кримінальному провадженні: науково-практичний посібник / В.Г. Гончаренко; Академія адвокатури України. – К.: Прецедент, 2014. с. 8
3. Палюх А.І. Особливості реалізації прокурором своїх процесуальних повноважень під час доказування на досудовому розслідуванні. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Випуск 3. 2015. С. 316
4. Благута Р.І. Докази та доказування у кримінальному провадженні: навч. Посібник. Ю. В. Гуцуляк, О. М. Дуфенюк та ін. Львів. ЛьвДУВС, 2018. С. 75-76
5. Лисеюк А. М. Доказування на досудовому етапі кримінальних проваджень щодо злочинів у сфері незаконного обігу підкацизних товарів: проблеми теорії та практики : монографія. А. М. Лисеюк, Д. Г. Мулявка, А. О. Гончарова. Київ. Видавництво Людмила, 2019. С. 13
6. Грошевий Ю.М., Стахівський С.М. Докази і доказування у кримінальному процесі. Науково-практичний посібник (2-е вид., стереотипне). Київ: КНТ. Видавець Фурса С.Я., 2007. С. 23

7. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. Киев. Вища школа. 1984. С. 99
 8. Южно О.О. Доказування у кримінальному провадженні. Курс лекцій. Харків. 2018. С. 16
 9. Попелюшко В. О. Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: монографія. Київ. Прецедент. 2005. С. 15
 10. Вапнярчук В. В. Загальна характеристика предмета кримінально-процесуального доказування. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. Випуск № 3 (74). С. 240
 11. Лобойко Л.М. Актуальні проблеми дослідчого кримінального процесу: дис...канд.. юрил. Наук. Харків, 1997. С. 11
 12. Зеленецкий В.С. Предупреждение преступлений следователем. Харьков. 1975. С. 33
 13. Стахівський С.М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. Монографія. Київ. 2005. С. 20
 14. Завтур В.А. Методологічні та праксеологічні засади вчення про локальний предмет доказування у кримінальному провадженні. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. Випуск № 19 (2019). С. 149
- Ухвала Першої дисциплінарної палати Вищої ради Правосуддя по справі № 3020/1дп/15-19 від 15 листопада 2019 року. URL: <https://hcj.gov.ua/doc/doc/896>
- Пшенічко С.О. Повноваження слідчого судді з розгляду та вирішення скарг у досудовому розслідуванні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2014. С. 13
- Тацій В.Я., Пшонка В.П., Портнов А.В. та ін. Кримінальний процесуальний кодекс. Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1. Харків: Право, 2012. С. 268
- Рішення Європейського суду з прав людини «Нечипорук, Йонкало проти України» №42310/04 від 21 квітня 2011 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683#Text
- Рішення Європейського суду з прав людини «Летельє проти Франції» від 26 червня 1991 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_159#Text
- Рішення Європейського суду з прав людини. «Кавала проти Туреччини» №28749/18 від 10 грудня 2019 року. URL: [file:///C:/Users/User/Downloads/kavala-proti-turechchini-rishennia-espl%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/kavala-proti-turechchini-rishennia-espl%20(1).pdf).
- Грошевий Ю.М., Тацій В.Я., Пшонка В.П. та ін. Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки. Х.: Право, 2013. С. 300
- Марчук Н.О., Касько В.В., Куйбіда Р.О., Хавронюк М.І. та ін.. Настільна книга професійного судді (кримінальне провадження) / за ред. Н. О. Марчук. Київ: Арт-Дизайн, 2015. С. 9
- Слюсарчук Х. Р. Стандарти доказування у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук. Львів. 2017. С. 105
- Капліна О.В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ України. Випуск 1. 2013. С. 238-241, с. 241

Biesida Hanna,

*graduate student of the Research Institute for the Study of Crime named
after Academician Stashis, Judge of the Industrial District Court of Dnipropetrovsk*

The latest constitutions in the history of world constitutionalism

Dmytro Byelov

Key words:

legal content, constitution, basic law, legal status, legal nature, nature of the constitution

Constitutionalism as a politico-legal category and doctrinal learning appears after the emergence and establishment of the constitution of the state in the modern sense of this term. It is inseparable and directly derived from the constitution of the state. Although not always the fact of the existence of a constitution automatically means the emergence of a particular model of constitutionalism. However, without the appearance (availability) of the constitution itself (in the broad sense of this notion), there is no need to talk about constitutionalism. The substantive basis, the very essence of constitutionalism, according to V. Shapoval, is expressed by the formula: "constitutional-legal norm + practice of its implementation"¹. Therefore, a bit strange, in our opinion, when in certain writings, including monographs, there are such statements as "ancient", "medieval", "totalitarian" or "Soviet constitutionalism", since at that time the constitution as such (in the modern understanding of this concept) simply did not exist. However, it was precisely in previous times that, in fact, the foundations of the future phenomenon – constitutionalism were laid².

The Constitution of Ukraine is a part of the national legal system, its core, acts as "coordinator of the system of legislation"³. But, as Yu. Tykhomyrov notes, despite the fact that the Constitution, as if is in the middle of the legal array, its influence is not limited to the link "act-act". All elements of the legal system, in turn, also affect the constitution⁴.

On the one hand, the Constitution is a kind of construction, on which practically all legislation is being built⁵. It is the Constitution that defines the nature of the current legislation, the process of law-making – determines, which basic acts are adopted by various bodies, their names, legal force, the process and procedure for the adoption of laws⁶. The development of legislation is possible only within the parameters enshrined in the Constitution, which serves as an important condition for ensuring its unity, internal coherence⁷. As S. Shevchuk notes, the constitutional norms are formulated in the form of an open text, and, consequently, constitute "empty vessels", which must be filled with a specific content⁸. Therefore, the adoption of a new constitution in the state, as a rule, causes significant changes and updates to current legislation. Ukraine is no exception. Although, as V. Opryshko notes, "the current legislation does not yet fit into the legal framework defined by the Constitution of Ukraine"⁹.

However, the notion of a constitution cannot be disclosed to the full extent without clarifying the question about not only its legal but also socio-political nature.

V. Shapoval argues that it is possible to identify common features by the content of the newest constitutions. Firstly, they reflect the relatively large role of the state in the economic sphere; consolidate economic function of the state. Secondly, according to the content of the relevant basic laws, the person has been recognized as a priority in its relations with the state. The latest constitutions, of course, contain meaningful provisions on rights and freedoms and fix a number of socio-economic rights. At the same time, quite wide guarantees of the enforcement of rights and freedoms are established and new mechanisms for their protection (ombudsman, constitutional complaint, etc.) are created. Thirdly, the newest major laws represent to a greater extent provisions

¹ В.М. Шаповал, *Конституційне право зарубіжних країн: Підручник*, АртЕк, Вища шк., Київ 1997, р. 135.

² П.Б. Стецюк, *Основи теорії конституції та конституціоналізму. Частина перша: Посібник для студентів*, Астролябія, Львів 2004, р. 98.

³ И.М. Степанов, *Конституция и политика*, Изд-во Наука, Москва 1984, р. 40.

⁴ Ю.А.Тихомиров, И.В. Котелевская, *Правовые акты. Учебно-практическое и справочное пособие*, Юринформцентр, Москва 1999, р. 15.

⁵ О.В. Онщенко, *Конституція України як основне джерело конституційного права України*, Вид.: Консум, Київ 2005, р. 211.

⁶ Е.И. Козлова, О.Е. Кутафин, *Конституционное право России*, Юристъ, Москва 2003, р. 87.

⁷ В.О. Лучин, *Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации*, Юнити-Дана, Москва 2002, р. 79.

⁸ С. Шевчук, *Основи конституційної юриспруденції: Навч. посібник*, Консум, Харків 2002, р. 7

⁹ В.Ф. Опришко, *Конституція України – основа системи національного законодавства*, Видавничий Дім «Юридична книга», Київ 2000, р. 118.

of social orientation, although their meaning and purpose are different. Fourthly, relations that arise within the political system of society outside the state organization became the subject of constitutional regulation. This primarily concerns activities of political parties in their interactions with the state mechanism. Finally, fifthly, the sign of the newest constitutions is the presence in their texts of the provisions on foreign political activities of the state and the relation of national and international law¹⁰.

Characteristic features of the newest constitutions in one way or another characterize also the basic laws adopted in the post-socialist and post-Soviet countries in the 90 years of the last century. It is they that are sometimes distinguished as the constitutions of the fourth "wave" since they were introduced and operate in other socio-political conditions than the constitutions of the third "wave". The current Basic Law of Ukraine also belongs to the constitutions of the fourth "wave"¹¹.

In the main laws of the fourth wave, the importance of human rights and their guarantees for the society and the state is often emphasized to a greater extent. Almost all of them define the state as legal and social, state political, economic, and ideological pluralism, fix certain provisions of the natural-legal content. Concerning the construction of the state mechanism for the authors of the main laws adopted in the post-socialist and post-Soviet countries, in most cases, the French Constitution of 1958, which began the practice of a mixed republican form of government, served as a model¹².

The history of world constitutionalism involves the classification of constitutions as instrumental and social. Instrumental constitutions are defined as those whose content is primarily focused on establishing the status of key parts of the state machinery. Provisions on the status of the individual play a minor role in these constitutions and the question of social being is generally outside the scope of their regulation. In contrast to the instrumental constitutions, some provisions of social basic laws are addressed to society; in particular, they confirm social and economic rights¹³.

To the greatest extent, provisions of the actual social direction are presented in the latest basic laws, although, as noted, the meaning, content, and purpose of these provisions are different. In some cases, the constitution proclaimed the social and economic guidelines (tasks) of the state or even declared the need for reforms in the relevant spheres, established mechanisms for the interaction of state institutions with "non-state" components of the political system of society. It is these basic laws, which are defined as social. In other cases, everything comes to nothing more than the attributive use of certain terms and providing social sound to texts of laws¹⁴.

According to V. Shapoval, the socialization of the newest constitutions should be distinguished from "sociologization" of the Soviet constitutions, which were considered the basic laws of society. The texts of these constitutions were filled with non-legal abstractions, filled with terminology, which today relates primarily to political science. Recognition of Soviet constitutions by the basic laws of society and their "sociologization" were not accidental. In the period of existence of the Soviet organization of power, there was a desire for the mythologization of social life. In such circumstances, the constitution was considered primarily as one of the tools of ideological influence on the internal and foreign policy environment. Moreover, the ideological function attributed to it, which, as a rule, was set at a level or even above the legal function.

It is known that any constitution plays a significant socio-regulatory function, and it is in this sense that it can be perceived as the basic law of society. However, even the most socialized constitutions are primarily the main laws of the state. Those positions that are outwardly addressed to the public are formulated in a general form, have a fragmentary appearance and, in the end, usually reflect the interaction between society and the state. Determination of the constitution as the basic law of the state does not mean the substitution of society by the state, the nationalization of social life. Such a definition testifies to the nature of civil society as such, where society and each individual are protected from the full interference of the state, and the latter is an integral part of the political system of society and does not absorb all its essential manifestations¹⁵.

The constitution as the basic law of the state does not create the state but only establishes the foundations of its organization. In this regard, it plays a creative role in the state mechanism, first of all, its most important links – the supreme bodies of the state. The political task of the constitution is to establish the sovereignty of the state, to consolidate the establishment or change of the state system, to ascertain the degree of continuity in the development of the state. No less important is that the constitution as the basic law of the state determines the principles in the field of relations between the state and the person. According to the historically formulated

¹⁰ В. Шаповал, *Феномен конституції в контексті отечественної політико-правової «міфології»*, "Зеркало недели" 29 (2008), 9 August, p. 4.

¹¹ Ю.Н. Тодыка, *Конституція України: проблеми теорії і практики*, Факт, Харків 2000, p. 78.

¹² В. Шаповал, *Феномен конституції*, p. 4.

¹³ О.В. Прієшкіна, *Конституційний лад України та його роль у становленні та розвитку місцевого самоврядування*, Інститут законодавства Верховної Ради України, Київ 2009, p. 122.

¹⁴ В. Шаповал, *Феномен конституції*, p. 4.

¹⁵ І. Коліушко, Ю. Кириченко, *Проблеми дієвості Конституції України та удосконалення її змісту*, "Парламент" 3 (2001), p. 14.

definition based on ideas of natural law, the constitution is a certain system of restrictions of state power in the form of appropriately established rights and freedoms, as well as legal guarantees for their implementation¹.

The constitution in modern conditions of democratic development (that is, when we deal not with declarative constitutions of authoritarian states but with actual legal acts) becomes one of the decisive factors of social and state-legal development. In this sense, there can be no objection to the interpretation of the constitution as a source of state policy. Moreover, the constitution appears not only as one of the possible factors of influence on state policy, namely, as its fundamental basis and decisive factor, without which the democratic foundations disappear. And without a focus on democracy, it already begins to serve not the interests of society as a whole but exclusively the interests of certain clans, political groups or individual politicians².

Consequently, the main and still unresolved issue is the ambiguity of what is proposed to adopt: a new Constitution, a new version of the current Constitution, amendments and additions to the current Constitution. Although paradoxical, but in Presidential speeches, these terms are used repeatedly as synonyms. However, legally they are completely different concepts. This terminological confusion carries a great danger of loss of landmarks and prevents a clear statement of the problem in a purely legal area.

Thus, we believe that the constitutional process is too politicized today. In our opinion, the acutest political struggle is underway for adopting a form of constitution that is convenient for one of the parties. But in fact – for power – everyone wants a maximum of power. Including through their Constitution enforced in some way. However, the Basic Law should be adopted not from the conjuncture considerations of political expediency, but be a complete legal document, taking into account the achievements of the world jurisprudence, with the strict observance of all the prescribed legal procedures. After all, the constitution should be the main document of the state, at least for a decade.

Summary.

The scientific publication is devoted to highlighting the peculiarities of the legal nature of the constitution. The authors consider the structure and content of the constitution of the state in the context of its functions. The specificity of the content of the newest constitutions in the history of world constitutionalism is considered. The correlation between the constitution and the state policy is established. Modern approaches to understanding the nature of the constitution are considered. The legal nature of the Constitution of Ukraine is determined.

References:

1. Bielov, Dmytro M. 2010. "Struktura ta zmist konstitucii: okremi aspekty." *Naukovijj visnik Uzhgorodskogo nacionalnogo universitetu. Seria Pravo* 14(1):80–87.
2. Chyrkin, B.E. 1999. Ob obekte konstitucionno-pravovogo regulirovanija. Rossijskijj konstitucionalizm: problemy i reshenija: materialy mezhdunarodnoj konferencii. Moskva: Akademiya.
3. Cippelius, Rajjngold. 2000. *Filosofija prava*. Kiev: Tandem.
4. Eremenko, Yuriy P. 1982. *Sovetskaja Konstitucija i zakonst*. Saratov: Izd-vo SGU.
5. Farberov, N. P. 1979. "Novaja Konstitucija SSSR – manifest ehpokhi stroitelstva kommunizma." In N.P. Farberov, *Konstitucija razvitogo socializma*, 67–81. Moskva: Voskhod-A.
6. Galkin, Aleksandr A., and Yuriy Krasin. 1995. *Rossija na perepute: avtoritarizm i demokratija: varianty razvitija*. Juridicheskaja literatura.
7. Gladunjak, Ivan. 2007. "Konstitucija jak osnova fotmuvannja ta realizacii derzhavnoi politiki." *Viche* 21-22:11–12.
8. Khejjvud, Eh. 2005. *Politologija*. Moskva: Juniti–Dana.
9. Koliushko Igor, and Yuriy Kirichenko. 2001. "Problemi dievosti Konstitucii Ukrajini ta udoskonalennja ii zmistu." *Parlament* 3:12–15.
10. Kozlova, Ekaterina I., and Oleg Kutafin. 2003. *Konstitucionnoe pravo Rossii*. Moskva: Jurist.
11. Kravec, Igor A. 2003. "Suchnost konstitucijj i konstitucionnyj process (dinamika socialno-politicheskogo so-derzhanija rossijskikh konstitucijj)." *Vesnik Moskovskogo* 4:34–39.
12. Kresinoi, Irina O. (edited by). 2006. *Politika, pravo i vlada v konteksti transformacijnikh procesiv v Ukraini*. Kiev: Institut derzhavi i prava im. V.M. Koreckogo NAN Ukraini.
13. Lenin, Vladimir I. 1980. *Polnoe sobranie sochinenijj*. Vol. XXXVI. Moskva: Politizdat.
14. Luchin, Viktor O. 1997. *Konstitucionnye normy i pravootnoshenija: uchebnoe posobie [dla vuzov]*. Moskva: Ehksmo.
15. Luchin, Viktor O. 2002. *Konstitutsiya Rossijskoj Federatsii. Problemy realizatsii*. Moskva: Juniti–Dana.
16. Lukjanova, Elena A. 2001. "Znachenie Konstitucii SSSR 1977 g. v razvitii istochnikov rossijskogo gosudarstvennogo prava." *Gosudarstvo i pravo* 4:22–27.
17. Marks, Karol, and Fridrich Engels. 1991. *Sochinenija*. Vol. I. Moskva: Politizdat.
18. Onishhenko, Olga V. 2005. *Konstitucija Ukraini jak osnovne dzherelo konstitucijjnogo prava Ukraini*. Kiev: Konsum.

¹ В. Шаповал, Феномен конституции, р. 4.

² І. Гладуняк, Конституція як основа формування та реалізації державної політики, "Віче" 21-22 (2007), рр. 11–12.

19. Opryshko, Vitalij F. 2000. *Konstitucija Ukraini – osnova sistemi nacionalnogo zakonodavstva*. Kiev: Vidavnychij Dim «Juridichna Kniga».
20. Prieshkina, Olga V. 2009. *Konstitucijni jlad Ukraini ta jogorol ustanovlennit arozkvitu miscevogo samovrjaduvannja*. Kiev: Institut zakonodavstva Verkhovnoi Radi Ukraini.
21. Redlich, Norman, Bernard Schwartz, and John Attanasio. 1995. *Understanding Constitutional Law*. Irwin: Matthew Bender.
22. Reiman, Jeffrey. 1988. "The Constitution, Rights, the Conditions of Legitimacy." In *Constitutionalism: The Philosophical Dimension*, edited by Alan S. Rosenbaum, 132–139. New York: Greenwood Press.
23. Sajó, András. 1999. *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, Budapest: Central European University Press.
24. Salygin, Evgenij N. 1999. *Teokraticeskoe gosudarstvo*. Moskva: Juridicheskaja literatura.
25. Savchyn, Michael B. 2009. *Konstitucionalizm i priroda konstitucii. Monografija*. Uzhgorod: Poligrafcentr «Lira».
26. Selivanov, Volodimir. 2002. *Pravo i vlada suverennoi Ukraini: metodologichni aspekti*. Kiev: Juridichna dumka.
27. Shapoval V. M. 1997. *Konstitucijne pravo zarubizhnih krayin: Pidruchnik*. Kiev: ArtEk Vishha shk.
28. Shapoval, Vladimir. 2008. "Fenomen konstitutsii v kontekste otechestvennoy politiko-pravovoy «mifologii»." *Zerkalo nedeli* 9 August, 29:4.
29. Shevchuk, Stanislav. 2002. *Osnovi konstitucijnoi jurisprudencii. Navch. posibnik*. Kharkiv: Konsum.
30. Sjukijajjnen, Leonid R. 1986. *Musulmanskoe pravo: voprosy teorii i praktiki*. Moskva: Nauka.
31. Sjukijajjnen, Leonid R. 1997. *Shariat i musulmansko-pravovaja kultura*. Moskva: Armada.
32. Stecjuk, Petro B. 2004. *Osnovy teorii konstytuciji ta konstytucjonalizmu. Chastyna persha: posibnyk dlja studentiv*. Lviv: Astroljabija.
33. Stepanov, Igor M. 1984. *Konstitucija i politika*. Moskva: Izd-vo Nauka.
34. Stuchka, Petr I. 1929. "Dvenadcat let revoljucii gosudarstva i prava." *Revoljucija prava* 6:56–61.
35. Todyka, Yurij N. 2000. *Konstitucija Ukrainy: problemy teorii i praktiki*. Kharkiv: Fakt.
36. Tyhomyrov, Yurij A., and I. V. Kotelevskaya. 1999. *Pravovye akty: uchebnoprakticheskoe i spravochnoe posobie*. Moskva: Jurinformcentr.
37. Yudin, Yurij L. 1987. "Konstitucii." In *Konstitucionnoe pravo razvivajushhiksja stran: predmet, nauka, istochniki*, edited by Veniamin E. Chirkin, 38–42. Moskva: Juridicheskaja literatura.

Man-member of the territorial community in the light of globalization processes

**Людина – член територіальної громади
в світлі глобалізаційних процесів**

Bobrovnik Denis

Key words:

person-member of territorial community, globalization, local self-government, human life cycle, cross-cultural communications.

Ключові слова:

людина-член територіальної громади, глобалізація, місцеве самоврядування, життєвий цикл людини, кроскультурні комунікації.

Постановка проблеми. На початку третього тисячоліття в умовах глобалізаційного впливу, що несе в собі воістину революційний модернізаційний потенціал і трансформаційні настанови, міжнародна спільнота держав репрезентує собою створену динамічну багатофакторну систему:

- розвиток якої визначається не тільки процесами глобалізації економічної, технологічної, політичної, соціальної, культурної сфери, а і сфери правової (критерій видової характерології глобалізації. – Авт.),
- коли норми поведінки, завдяки існуванню міжнародного договірної права через застосування міжнародних норм, що містяться в міжнародних міждержавних багатосторонніх договорах імплементаються через механізм запозичення в національні правові системи (критерій формування міжнародних облігаторних зобов'язань держав та їх обов'язкове входження до національних правових систем. – Авт.),
- таке запозичення, насамперед, відбувається в системі національного конституційного права, що є основоположною і профілюючою галуззю національного права, і трансформуються в його норми (критерій пріоритетного запозичення міжнародних договірних облігаторних зобов'язань системою національного конституційного законодавства. – Авт.),
- отже, саме так створюється, формується, розвивається, розширяється, актуалізується і об'єктивується загальний та єдиний правовий простір в сфері регламентації, регулювання, контекстуалізації і реалізації найважливіших питань глобального, регіонального і локального розвитку, що представляють собою загальний інтерес для всіх акторів міжнародно-правових відносин (критерій формування глобального правового простору, в якому здійснюється глобальна регламентація і регулювання екзистенційних питань розвитку людини, народів, держав та їх міжнародного співтовариства. – Авт.);
- результатом створення, функціонування і розвитку такого загального та єдиного правового простору, що підсилюється створенням та паралельною дією інформаційного суспільства стає виникнення стану, коли глобальні трансформаційні процеси, які сьогодні переживає людство, породжують, з одного боку, небачені раніше, іноді просто фантастичні можливості для держав, їх соціумів, і що є головнішим, – для конкретної людини, а з іншої – кидають суспільству нові, досить серйозні виклики, більшість з яких володіють великим конфліктогенним потенціалом (критерій трансформації глобальних проблем на локальний рівень, де існує і функціонує людина, що здійснює свій життєвий цикл. – Авт.);
- ці виклики фактично породжують нове «глобальне суспільство», що засновано на загальних концепціях, принципах, нормах, а також нову людину XXI століття – «людину глобальну», що також починає сповідувати та модернізувати своє життя на основі нових ідеалів, цінностей, правил поведінки, – викликаючи серйозні суперечливості між глобальним соціумом і глобальною людиною і вже такими, що застарівають нормами моралі, етики, права тощо (критерій становлення феноменології «глобальної людини». – Авт.).

Отже, в результаті виникнення «людини глобальної» проблематика, переваги і недоліки глобалізації «вриваються» на локальний рівень функціонування державно організованого соціуму, де на рівні місцевого самоврядування (далі – МСВ) в межах територіальної спільноти – територіальної громади (далі – ТГ), в умовах повсякденності колись досить стабільно і комфортно себе почувала людина (особистість), здійснюючи свій життєвий цикл, формуючи в процесі нього свої інтенції, життєві устремління, екзистенційні потреби, інтереси, атитуди та реалізуючи їх.

В наш час, при зберіганні всіх істотних просторових ознак (локус, топос, номос, спільнота, повсякденність) – людина-член ТГ починає або зі своєї волі, або поза неї, діяти і функціонувати в світлі глобалізаційних процесів, що:

- по-перше, починають досягати в своїй дії до локального рівня соціуму (локалізація глобальних тенденцій. – Авт.);
- по-друге, якісно змінюють і просторові і темпоральні характеристики існування і розвитку (модифікація просторово-темпоральних характеристик існування і розвитку людини. – Авт.);
- по-третє, змінюючи внутрішній стан саме конкретної людини (трансформація психо-психологічного стану людини. – Авт.);
- по-четверте, ці зміни носять трансформаційний характер, бо повсякденне буття та існування людини (особистості) починають пронизувати глобальні смисли, виклики та впливи, що не є характерними для неї в ординарних умовах функціонування державності (суттєві трансформації стану повсякденності в умовах глобалізації її настанов. – Авт.).

Звідси, у ситуації, яка сформувалася, завдяки глобалізаційним впливам, розвиток даної проблематики набуває особливої соціальної гуманістично-ідеологічної та матеріально-технологічної значимості, що об'єктивно детермінує необхідність її теоретичного, теоретико-організаційного (діяльнісного), нормативного (поведінкового) супроводження і забезпечення.

Тому, основоположною метою дослідження наведених тенденцій виступає не тільки аналіз теоретико-методологічних засад сучасних процесів глобалізації через вплив їх позитивних та негативних факторів на людину-члена ТГ, що мешкає на локальному рівні соціуму в національній державі, а і більш високого рівня питань – визначення позитиву і негативу в глобалізаційному потенціалі, який набуває така людина-член ТГ і одночасно житель відповідної території в таких умовах, що не є звичайними, ординарними, характерними, повсякденними, а виступають незвичними, надзвичайними, кризовими, екстраординарними для стабільного та сталого здійснення людиною свого життєвого циклу та налагодження різних аспектів взаємодії та взаємовпливу на інших членів людської спільноти в рамках системи комунікативної взаємодії, що виникає в процесі функціонування ТГ, причому як локальної, так і глобальної, враховуючи феномен «загального глобального суспільства».

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Необхідно зазначити, що феноменологія глобалізації є досить складною, багатофакторною і, поліпредметною, звідсіля це обґрунтовує той факт, що вона виступає предметом багаторічних і багатоаспектних концептуально-методологічних та практичних дискусій у науковому світі. Такий стан справ детермінується низкою причин, серед яких: а) наявність полісемічності (багатозначності) і полісемантичності (багатозмістовності) терміну «глобальний» (від француз. «globus» – куля, що позначає всесвітній, всезагальний, універсальний процес; б) різним і суперечливим етимологічним навантаженням терміно-поняття «глобалізація»; в) різними доктринально-дефінітивними поглядами на глобалізацію, що спираються на наведені вище причини та, зазвичай, витікають з такого стану справ, що мають стохастичну характерологію в науці.

Разом з тим, розв'язанню вказаної проблеми, особливо в контексті нормативно-правового регулювання і державного управління, присвятили свої роботи такі вітчизняні вчені, як В. Авер'янов, Ю. Бажал, В. Бакуменко, М. Вавринчук, Р. Войтович, Н. Гнидюк, Я. Гонцяж, І. Грицяк, О. Дьомін, С. Дубенко, Н. Нижник, Ю. Кальниш, В. Князєв, В. Копейчиков, С. Коник, О. Кілієвич, В. Лемак, Е. Марчук, В. Мельниченко, І. Надольний, О. Оболенський, В. Олуйко, Н. Плахотнюк, І. Радзівеський, Я. Радиш, І. Розпутенко, В. Ребкало, В. Саламатов, Г. Ситник, Ю. Сурмін, С. Сьомін, В. Токовенко, В. Тимцуник, В. Яцуба, Ю. Єхануров, В. Цветков та ін. Спектр проблемних питань в контексті адміністративного реформування, досліджуваних вітчизняними вченими, досить широкий. Це, зокрема, розробка вихідних засад, пов'язаних із здійсненням адміністративної реформи (В. Бакуменко, В. Князєв, Л. Гогіна, І. Козюра); порівняльний аналіз адміністративних реформ зарубіжних країн та проблеми децентралізації (І. Василенко, І. Грицяк, А. Лелеченко, В. Лемак, Н. Нижник, Л. Сморгунов, Є. Уткін); історичні та філософські засади розуміння, адаптації й прогнозування процесів глобалізації в контексті їх впливу на адміністративну реформу та систему державного управління загалом (О. Білорус, Є. Буравльов, В. Воротін, Р. Войтович, В. Гельбрас, Є. Маруняк, І. Надольний, І. Радзівеський, Н. Симонія, Г. Ситник); проблеми кадрового забезпечення (В. Олуйко, С. Серьогін). У цьому ж контексті останнім часом досить часто досліджуються проблеми взаємозв'язку глобалізації, стійкого розвитку як окремих країн, так і світової спільноти загалом, а також забезпечення національної безпеки (Н. Жирнов, Г. Ситник, С. Сьомін та ін.). Серед зарубіжних науковців вказану проблематику досліджували: Г. Атаманчук, А. Волков, А. Вільсон, В. Іноземцев, Т. К'юзо, В. Лобанов, В. Лескін, С. Лугвін, А. Мотиль, Л. Сморгунов, Ю. Тихомиров, А. Швецов, А. Коньков та ін. Особливий інтерес становлять праці зарубіжних вчених Р. Джейн, В. Іванова, Дж. Олсена, Дж. Сороса, Дж. Стігліца, А. Уткіна щодо інноваційних соціальних технологій державного управління, сутності, тенденцій, наслідків глобалізації та її впливу на систему державного управління, національні політичні інститути, а також на державний суверенітет. Важливим сегментом досліджуваної проблематики виступають праці вчених, що досліджують питання в системі координат «локальне /глобальне», що досить детально висвітлює роль і значення МСВ та ТГ в зазначених процесах, включаючи і її

управлінський аспект. Отже, проблемні питання реформування системи державного і глобального, державного і локального управління досліджувалися як вітчизняними, так і зарубіжними вченими. У цілому ж як в Україні, так і за кордоном у дослідженнях проблеми вдосконалення системи державного і глобального управління шляхом здійснення конституційної, а також адміністративної та муніципальної реформ, що є складовими частинами реформи конституційної, – головна увага приділяється інституційним та організаційно-правовим засадам цього процесу. Своєю чергою, проблеми взаємодії «людини глобальної» і глобального суспільства, включаючи і проблематику глобалістського потенціалу МСВ і ТГ розглядаються в роботах М. Баймуратова, О. Батанова, Є. Васильєва, О. Кравця, В. Могілевського, В. Воронкової, Н. Ващекіна, О. Грецової, І. Лукашука, М. Кастельса, Т. Макогон, А. Тоффлера, Р. Войтович, Ю. Павленко, Е. Кочетова та низки інших авторів.

Але незважаючи на усвідомлення науковцями необхідності розв'язання проблеми вдосконалення державного управління в контексті появи та зростання глобалістського потенціалу МСВ та ТГ шляхом реформування локального, регіонального, державного, глобального рівнів управління, до цього часу існує певна неоднозначність у розумінні сутності реформування, ролі глобалізації, її інноваційних й ціннісних вимірів, що напряду впливають на конкретну людину-члена ТГ, модифікують її екзистенційні настанови, впливаючи на її діяльнісно-поведінкову парадигму в процесі здійснення нею свого життєвого циклу в умовах МСВ тощо.

Тому, **метою цієї статті** є дослідження актуальних питань позиціонування людини-члена територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів.

Виклад основного матеріалу. Вважаємо, що для розкриття впливу глобалізаційних процесів на людину-члена ТГ, є необхідним дослідити різні аспекти впливу самої глобалізації та її складових елементів на конкретну фізичну особу, що: а) фізично і легально знаходиться на території відповідної національної держави; б) пройшла відповідний процес загальної соціалізації, включаючи правову соціалізацію; в) має відповідний правовий стан або не має його, володіючи в залежності від цього відповідним правовим статусом (патрид, іноземний громадянин, апатрид, біженець тощо); г) здійснює на локальному рівні соціуму свій життєвий цикл; г') продукуючи і репродукуючи в процесі цього відповідні інтенції, життєві устремління, екзистенційні потреби, інтереси, атитюди; д) визначаючи, приміряючи на себе і здійснюючи в процесі їх реалізації відповідні рольові позиції; е) функціонуючи на рівні МСВ в основоположно-домінантній рольовій позиції жителя-члена ТГ.

Своєю чергою, в якості складових елементів феномену глобалізації треба розглядати її характерологічні риси, що визначають:

- а) її телеологічні доміанти (системно-цільовий комплекс),
- б) предметно-об'єктний склад (повноважно-компетентний комплекс),
- в) суб'єктний склад (поведінково-діяльнісні настанови індивідуумів та юридичних осіб різної правової природи),
- г) просторові (територіальний континуум) та
- г') темпоральні (часовий континуум) ознаки-характеристики,
- д) її вплив на глобальний, державний та локальний соціум (комплекс управлінсько-ідеологічних та управлінсько-нормативний дій) тощо.

Обґрунтовано вважаємо, що саме завдяки ним, через їх розуміння, можливо дослідити позиціонування людини-члена ТГ в системі координат глобалізації.

Розглядаючи телеологічні доміанти глобалізації треба розуміти їх як процес, що визначається ринковими, а не державними силами. Він скерований на гомогенізацію життя: ціни, продукти, рівень якості охорони здоров'я, рівень доходів, відсоткові банківські ставки мають в даному випадку тенденцію до вирівнювання на світовому ринку. Тобто, мова йде про складні процеси, що, по-перше, тягнуть до однорідності й уніфікації наведених життєвих індикаторів; по-друге, про їх кумулятивний вплив на процес прогресуючої інтернаціоналізації громадського життя.

Крім того, необхідно зазначити, що в теорії глобалізації з'явилося нове визначення її впливу на локальні процеси, що визначається як глокалізація (globalization + localization = glocalization) – слово-гібрид, термін, що використовується для позначення глобальної локалізації – глобального світогляду, пристосованого до локальних умов. Ідея такого поняття була зароджена в Японії, вона фактично наслідує японське поняття «дочакука» (котре походить від «дочаку» – «жити на своїй землі»), що позначало пристосування методів обробітку землі до конкретних умов. Це поняття широко починають використовуватись з 1980-х років переважно в маркетингу, звідки поняття запозичилось і до соціології.

Отже, можна зазначити, що для характеристики глобальних смислів, впливів та змін на локальному рівні розроблена спеціальна термінологія, що не тільки актуалізує, а і підкріплює доктринально, наративно, конотаційно, контекстуально взаємодію «глобального» і «локального», встановлюючи, одночасно, їх дихотомію та синергічну співпрацю.

На думку дослідника М.В. Фоміної, глобалізація в своїй основі – це, перш за все, нова, більш висока ступінь інтернаціоналізації господарського життя в планетарному масштабі, що безпосередньо пов'яза-

не з поглибленням суспільного поділу праці; концентрацією і централізацією капіталу на міжнародному рівні; тенденціями до інтернаціоналізації інших сторін життя сучасного людства. Відмічаючи системний характер такого підходу, необхідно акцентувати увагу на феноменології інтернаціоналізації господарського життя та інших сторін життя сучасного людства, що означає проникнення міжнародно-правового регулювання та норм (правил поведінки), що його репрезентують, на різні рівні публічного управління та соціального життя, включаючи і локальний рівень, де існує і функціонує ТГ.

Для людини-члена ТГ, що мешкає в локальному соціумі, насамперед, спостерігається впровадження на цей рівень міжнародних стандартів економічної діяльності та міжнародні правила економічного життя, що здійснюють вплив на відповідний рівень модернізації міського господарства, а також розширення асортименту послуг, що надаються на муніципальному рівні, завдяки активізації та розширеному використанню ринкових інструментів. Крім того, зазначена тенденція вирівнювання на світовому ринку, раніше чи пізніше, починає проявлятися і на рівні національної держави та її територій, що розширяє можливості людини-члена локального соціуму для їх використання у вигляді появи нових товарів, послуг, а потім, – спираючись на них, і нових економічних та соціальних смислів, інтересів, уподобань та можливостей. Безумовним позитивом в цих процесах є, по-перше, інформування людини про ефективність ринкових механізмів та їх можливості щодо позитивного впливу на повсякденне життя, що формує якісно нову економічну свідомість та поведінку; по-друге, причому останні базуються на усвідомленні нових можливостей і нових поведінково-діяльнісних настанов, детермінованих глобалізацією; і, по-третє, на співвідношенні людиною своєї повсякденної поведінки з такими новими поведінковими настановами і можливостями.

Аналіз предметно-об'єктного складу глобалізації дає можливість розглядати профільні процеси з позицій їх аксіологічного наповнення. У цьому аспекті треба враховувати, що глобалізація також проявляється в залученні багатьох різноманітних чинників, що зрештою формує процес глобальної трансформації, яка зачіпає усі сфери – економіку, політику, культуру і право. Отже, вона по суті являє собою соціальний процес, в ході якого стираються географічні кордони соціальних і культурних систем, і населення все більше усвідомлює, що зникнення цих кордонів приносить як користь, так і характеризується негативним впливом. В цьому відношенні М. Кастельс відмічає, що на сьогодні глобалізація має свої обмеження, оскільки доки існують національні держави і національні уряди, доти проводитиметься національна політика протекціонізму та існують економічні регіони, не включені до глобальної економіки. Тому процес глобалізації не є безболісним і безконфліктним, вона зачіпає усі аспекти життєдіяльності людей; відбувається злам у так званій психосфері; змінюються культурні, психологічні, моральні форми існування людей [6].

Вважаємо, що, з одного боку, вплив предметно-об'єктного складу глобалізації на людину-члена ТГ є колосальним, бо пересичена людина в умовах багатофакторного глобального розвитку не тільки отримує нові, якісні можливості для свого розвитку, що раніше були недоступні, а починає у відповідь на такі потенційні можливості підвищувати свій рівень самосвідомості, формувати зовсім нові смисли і оцінки свого існування в соціумі, виробляючи нові стандарти своєї поведінки в ньому, модифікуючи свої поведінково-діяльнісні настанови у відповідності до них. В таких умовах у людини в рамках локального соціуму формуються нові індивідуальні, групові, колективні мотиваційні настанови та підвищується інтерес до нової якості комунікативної взаємодії з іншими членами ТГ на міжособистісному, груповому, колективному рівнях, що характеризується творчим характером, підкреслюючи та виправдовуючи інтерсуб'єктивну природу таких відносин. А зміни культурних, психологічних, моральних форм існування людей, що відбуваються на основі зростання їх економічного і соціального буття, трансформують їх життєвий цикл в бік суттєвого покращення і підвищення його якості і змістовності.

Але в цьому процесі існують і негативні наслідки, по-перше, вони пов'язані з неповним охоптом глобалізацією всіх держав та територій окремих держав (приграничні, провінційні, нерозвинуті території тощо), – результатом чого, по-перше, виступає нерівномірність економічного і соціального розвитку ТГ у різних державах або навіть на території однієї держави, що ставить такі ТГ та їх жителів-членів у нерівні умови для їх економічного і соціального зростання і розвитку; по-друге, це вельми негативно відбивається на соціальному статусі або габітусі конкретної людини-члена ТГ, бо останній не тільки не відповідає відповідним соціально-економічним стандартам в рамках регіональної або субрегіональної спільноти держав, а і навіть національним стандартам всередині конкретної держави (наприклад, у порівнянні габітусу жителів-членів сільських ТГ з жителями-членами ТГ міст, особливо великих). Наслідком такого стану є не тільки деформації соціально-економічного, а і правового статусу людини, зокрема конституційно-правового, коли зафіксовані в основному законі держави права, свободи і обов'язки людини, перетворюються у прості декларації, бо не є підкріплені відповідними економічними і соціальними гарантіями.

Тобто, можна зазначити, що предметно-об'єктний склад глобалізації здійснює на людину-члена ТГ системний, комплексний, багатофакторний і багатосторонній вплив, виступаючи, з одного боку, відповідним мірилом економічного, соціального і культурного зростання і розвитку, достатку і благополуччя, а з іншого – реальною можливістю підвищити не тільки якість свого матеріального життя, а і особисте духовне (інтелектуальне) зростання як людини-індивідуума і людини-члена локальної спільноти в контек-

стуалізації самопрезентації особистості в рамках такої спільноти, в процесі якої людина демонструє свої морально-етичні настанови, що базуються на її філософії життя і функціонування в соціумі. На нашу думку, тут відіграє важливу роль і третій фактор – бажання освоїти якісно нові форми життєдіяльності, комунікативної взаємодії в процесі споживання відповідних соціальних благ, нові форми кооперації з іншими членами громади, що посилені синергетичною складовою, з метою зробити їх ординарними, повсякденними, застосовними для великої кількості проявів життєвого циклу людини-члена ТГ для передачі наступному поколінню як історично-соціальної спадщини.

У контекстуалізації суб'єктного складу глобалізації треба звернути увагу на його необмежений характер. У могутні процеси економічної, політичної, і на сьогодні, вже правової глобалізації залучені держави і народи, міжнародне співтовариство держав та його міжнародні організаційні структури, міжнародні некомерційні організації, інституції громадянського суспільства та їх асоціації на державному і універсальному рівнях, найважливішу роль – ініціативну, організаційну, стимулюючу, ресурсно-забезпечувальну відіграють економічні структури – у виробничій, фінансовій, банківській та інших сферах. Серед наведених суб'єктів основоположну роль відіграє людина, що, з одного боку фактично виступає телеологічною домінантою глобалізації, а з іншого – її безпосереднім бенефіціаром, а точніше – суб'єктом-об'єктом глобальних і, одночасно, локальних тенденцій та змін. В цьому аспекті локальний рівень соціуму, де функціонує ТГ, є яскравою демонстрацією вигід та позитивів від впливу глобалізації на людську спільноту та кожного з її членів, бо тільки так можливо оцінити і спостерігати вплив глобальних чинників на людське життя – через підвищення його якості, матеріального і соціального стану, фінансової і матеріальної спроможності, успіхів у підприємницькій, виробничій або інтелектуальній діяльності, можливості і ступені реалізації індивідуальних, групових або колективних інтересів.

Отже, можна стверджувати, що прогресивно-поступальний характер глобалізації та її ознак-характеристик найбільш ефективно і продуктивно перевіряється через повсякденне життя конкретної людини та її асоціацій на рівні локального соціуму, тобто там, де створювались, формувались, перевірялись соціальною практикою, реалізовувались та вдосконалювались суспільні форми життя людини, що лежать в основі екзистенційних схем історично-діяльнісного розвитку людської цивілізації, бо саме тут створюються локальні, регіональні, державні і глобальні історичні конструкції, що обумовлюють габітус людини в соціумі та його формування, існування, дотримання і реалізацію в повсякденності.

Просторові та темпоральні ознаки-характеристики глобалізації проявляються в стохастичній нерівномірності її як процесу – вона охоплює держави та континенти, але таке охоплення не є тотальним, а носить поступовий, тривалий і нерівномірний характер. Разом з тим, переважна більшість вчених наголошує на тому, що провідною тенденцією сучасного загальносвітового суспільного розвитку виступає стрімке пришвидшення процесів глобалізації. В основі такої позиції лежить визнання особливого впливу на профільні процеси інформаційної складової глобалізаційних процесів, що на пряму сприяє різним позитивним та негативним політичним та соціально-економічним змінам у світі, на рівні держав та їх територій. Більш того, саме аналізуючи активізацію глобалізаційних процесів у часі, відслідковуючи їх динамічний та багатофакторний характер, вони пропонують по-новому розглядати феномен глобалізації – з врахуванням його цивілізаційного потенціалу – так, на думку В. Воронкової, «глобалізація – це цивілізаційне зрушення, що є соціальною реальністю»; значенням для розвитку цивілізації – «глобалізація – це провідна риса та тенденція постіндустріального суспільства» (М. Ващекин); визначенням його економічно-інтеграційного потенціалу – «глобалізація – це всесвітній процес, що взаємозв'язує національні, соціально-економічні утворення у єдину економічну та суспільну систему» (І. Лукашук); акцентуючи увагу на його формаційно-управлінській характеристиці – «глобалізація уявляє «нову капіталістичну економіку», що розвивається у мережі менеджменту, виробництва та розподілу» (М. Кастельс) і т. ін.

Але, незважаючи на різні погляди щодо визначення поняття та елементно-змістовного наповнення цього феномену, дослідники погоджуються на тому, що глобалізація є дійсно універсальним багаторівневим та поліоб'єктним процесом, який охоплює всі сфери життя, радикально змінюючи їх через розширення і застосування нових форм її економічної, політичної, соціально-культурної, правової організації. А це, безумовно і безпосередньо – позитивно, негативно, або індіферентно (що буває вкрай рідко. – Авт.) впливає на життя конкретної людини-члена локального соціуму.

В цьому контексті представляє інтерес доктринальна позиція дослідника В. Воронкової, яка виділяє наступні соціальні аспекти глобалізації, що безпосередньо впливають на модифікацію повсякденного життя людини-члена ТГ, а звідси і на її життєвий цикл, його динаміку та якість. Отже, наведена дослідниця виокремлює наступні соціальні аспекти глобалізації, що на нашу думку, викликають відповідні соціальні наслідки, а саме :

- соціально-політичний аспект – політична глобалізація вивчає роль держави та інших суб'єктів міжнародного життя у глобалізованому світі, перспективи становлення глобального громадянського суспільства, яке має загальні правові норми та принципи. Наведений аспект може вільно бути застосований до габітуса людини-члена ТГ, оскільки демонструє позитивну роль держави щодо визнання, легалізації, охорони, захисту тощо інституту МСВ, ТГ, а також визнання, легалізацію, легітимацію,

охорону, захист, реалізацію, гарантування прав і свобод людини, що реалізуються у вигляді, організаційно-правовій формі та нормативній конструкції її конституційно-правового статусу на рівні МСВ в межах ТГ;

- соціально-економічний аспект – економічна глобалізація вивчає формування глобальних ринків та стратегії поведінки корпорацій та міжнародних фінансово-економічних інститутів, перспективи формування нових економічних зв'язків і типів господарства. Здавалося б, що такий підхід не може мати безпосередній вплив на габітус людини в МСВ, але наведена економічна парадигма напряму впливає на формування ринкової економіки, причому на її макро-, мезо-, мікрорівнях, включаючи локальний рівень організації економічного життя через формування та існування міського господарства, що фактично організує, інституціоналізує і конститує повсякденне життя людини. Отже, стабільне та стале існування і функціонування ТГ напряму залежить від наведених умов, а людина-член ТГ виступає користувачем і бенефіціаром від такої діяльності, використовуючи відповідні форми економічного життя, що витікають з її екзистенційних проявів – інтенцій, устремлень, потреб, інтересів, атитюдів.
- соціокультурний аспект – культурна глобалізація вивчає глибинні зміни у культурних зв'язках. Розуміння кроскультурної комунікації (англ. cross – перетинати, переходити), як вербальної і невербальної взаємодії представників різних моральних систем, світоглядів, релігій тощо (що найбільш яскраво проявляється в процесі взаємодії між жителями-членами ТГ. – Авт.), що з одного боку виступає міжособистісною комунікацією в спеціальному контексті, коли один учасник виявляє культурну відмінність іншого, а з іншого – володіє мотивацією до встановлення міжнародного спілкування, – є результатом втілення такої форми глобальної комунікації дозволяє побудувати систему зв'язків культурологічної властивості, що має глобальний, державний, регіональний і локальний рівні. Особливістю цих рівнів є те, що вони не замкнуті, бо через їх наскрізну взаємодію і координацію виникає системний комплекс відносин, що напряму впливає на процес формування «глобальної людини», що є уособленням людини муніципальної, яка існує і функціонує на рівні МСВ і межах ТГ, але завдяки своєму духовно-інтелектуальному потенціалу може пізнавати, споживати, продукувати і реалізувати в повсякденному житті відповідні етично-культурологічні та морально-психологічні настанови глобальної культури, що визначають якісно-продуктивну трансформацію поведінки людей на рівні локусу. Причому саме людина буде модифікувати свою поведінку через призму наведених настанов, збагачуючи себе, своїх партнерів з комунікативної взаємодії та всю ТГ новими моральними цінностями. Разом з тим, треба зазначити, що людина-член ТГ не є пасивним користувачем надбань глобалізації, вона може активно протистояти їй в питаннях збереження своєї ідентичності, основоположних настанов індивідуального, групового і колективного менталітету, відповідних форм соціального життя і соціальної практики, що засновані на відповідних морально-етичних цінностях, а також історичних надбань локальної спільноти, що надає їй характерологічні риси.

На наш погляд, важливим соціальним аспектом глобалізації повинен виступати її правовий аспект. Важливість цього аспекту для світу та цивілізації обґрунтовується формуванням, створенням і розширенням в умовах глобалізації єдиного правового простору, заснованого на єдиному розумінні, тлумаченні, реалізації, охорони, захисту і гарантуванні прав і свобод людини, загальних тенденціях і нормативних параметрах функціонування і розвитку демократичної правової державності тощо. Такий підхід стимулює процес формування міжнародних правових стандартів прав людини, що закріплюються в міжнародних договорах, а потім через застосування механізму національної імплементації норм міжнародного права, запозичуються національними конституційними системами, трансформуючись у норми національного законодавства (норми звичайних законів. – Авт.). Враховуючи на те, що конституційно-правовий статус людини і громадянина на території конкретної держави фактично реалізується на рівні МСВ та в межах ТГ, людина-член такої локальної спільноти не тільки виграє у наявності, існуванні, функціонуванні та гарантуванні реалізації такого правового статусу, а і має можливість, виходячи з своїх інтересів неодноразово в процесі своєї життєдіяльності використовувати та реалізовувати конкретні права і свободи, а також виконувати свої конституційні обов'язки.

Висновки. Резюмуючи, можна зазначити наступне:

- людина-член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів, не дивлячись на те, що вони носять екстраординарний характер, виглядає досить впевнено і гідно, враховуючи її місце в локальному соціумі, який відповідним чином є специфічним охоронюваним соціально-нормативним простором для її існування і функціонування;
- людина-член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів виступає не тільки суб'єктом-об'єктом глобалізації, а також її бенефіціаром; крім того, вона виступає і відповідним користувачем і репродуктором її досягнень, активно використовуючи їх для організації свого життєвого циклу;
- людина-член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів трансформує свій життєвий цикл через модифікацію діяльнісно-поведінкових настанов, що скеровані на вирішення екзистенційних проблем її існування, а також на підвищення якості та інтенсивності комунікативної взаємодії

переважно в рамках ТГ, але і з можливістю виходу за її межі, знову ж використовуючи можливості кроскультурних комунікацій щодо організації міжнародного співробітництва;

- людина-член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів не є пасивним користувачем надбань глобалізації, вона може активно протистояти їй в питаннях збереження своєї ідентичності, основоположних настанов індивідуального, групового і колективного менталітету, відповідних форм соціального життя і соціальної практики, що засновані на відповідних морально-етичних цінностях, а також історичних надбань локальної спільноти, що надає їй характерологічні риси.

Анотація.

У статті досліджується феноменологія людини-члена територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів.

Доведено, що людина-член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів, не дивлячись на те, що вони носять екстраординарний характер, виглядає досить впевнено і гідно, враховуючи її місце в локальному соціумі, який відповідним чином є специфічним охоронюваним соціально-нормативним простором для її існування і функціонування.

Аргументовано, що людина-член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів виступає не тільки суб'єктом-об'єктом глобалізації, а також і її бенефіціаром; крім того, вона виступає і відповідним користувачем і репродуцентом її досягнень, активно використовуючи їх для організації свого життєвого циклу.

Системний аналіз діяльності людини-члена територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів демонструє, що вона: а) трансформує свій життєвий цикл через модифікацію діяльнісно-поведінкових настанов, що скеровані на вирішення екзистенційних проблем її існування, а також на підвищення якості та інтенсивності комунікативної взаємодії переважно в рамках ТГ, але б) з можливістю виходу за її межі, знову ж використовуючи можливості кроскультурних комунікацій в рамках глобалізації щодо організації міжнародного співробітництва.

Доведено, що людина-член територіальної громади в світлі глобалізаційних процесів не є пасивним користувачем надбань глобалізації, вона може активно протистояти їй в питаннях збереження своєї ідентичності, основоположних настанов індивідуального, групового і колективного менталітету, відповідних форм соціального життя і соціальної практики, що засновані на відповідних морально-етичних цінностях, а також історичних надбань локальної спільноти, що надає їй характерологічні риси.

Annotation.

The article examines the phenomenology of a member of the territorial community in the light of globalization processes.

It is proved that a member of the territorial community in the light of globalization processes, despite the fact that they are extraordinary, looks quite confident and dignified, given its place in local society, which is accordingly a specific protected socio-regulatory space for its existence. and operation.

It is argued that a person-member of the territorial community in the light of globalization processes is not only the subject of globalization, but also its beneficiary; in addition, it acts as a relevant user and reproducer of its achievements, actively using them to organize its life cycle.

A systematic analysis of the activities of a member of the territorial community in the light of globalization processes shows that it: a) transforms its life cycle through the modification of behavioral guidelines aimed at solving existential problems of its existence, as well as improving the quality and intensity of communicative interaction. within the TG, but b) with the possibility of going beyond it, again using the opportunities of cross-cultural communication in the context of globalization in the organization of international cooperation.

It is proved that a member of the territorial community in the light of globalization processes is not a passive user of globalization, he can actively oppose it in preserving their identity, basic guidelines of individual, group and collective mentality, appropriate forms of social life and social practice based on relevant moral and ethical values, as well as the historical heritage of the local community, which gives it characterological features.

References:

1. Глобалізація // Енциклопедія історії України : у 10 т. / редкол.: В. А. Смолій (голова) та ін.; Інститут історії України НАН України. – К.: Наук. думка, 2004. Т. 2: Г – Д. 518 с.
2. Ильин И.В., Урсул А.Д. Глобальные исследования и эволюционный подход. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 2013. 340 с.
3. Globalization // The Oxford Dictionary of New Words: Popular Guide to Words in the News Hardcover; by Sara Tulloch (Editor): L.: Oxford University Press, 1991. 333 p.
4. Воронкова В.Г. Глобалізація як процес універсалізації стосунків між державою та ринком [Електронний документ]. – Режим доступу: http://www.zgia.zp.ua/gazeta/VISNIK_35_2.pdf
5. Фомина М.В. Теория глобализации: история, концепции, школы // Экономика: вчера, сегодня, завтра. 2016. Том 6. № 12А. С. 26-36.

6. Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество и культура [Электронный документ]. – Режим доступа: https://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Polit/kastel/02.php
7. Воронкова В.Г. Філософія глобалізації: соціоантропологічні, соціоекономічні та соціокультурні виміри: монографія. – Запоріжжя: Видавництво ЗДІА, 2010. 272 с.
8. Глобалистика: Международный междисциплинарный энциклопедический словарь / Гл. ред. И. И. Мазур; А. Н. Чумаков. – М.-СПб.-Н.-Й.: ИЦ «Эмма», ИД «Питер», 2006. 1160 с.
9. Байбакова О. О., Козубовська І. В. Деякі аспекти крос-культурної комунікації // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Педагогіка, соціальна робота». Вип. 34. С. 223-225
10. Бацевич Ф.С. Словник термінів міжкультурної комунікації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://terminy-mizhkult-komunikacii.wikidot.com/slovnuk>
11. Сайтарли І.А. Культура міжособистісних стосунків: Навч. посібн. – К.: Академвидав, 2007. 240 с.
12. Боярський О. О. Децентралізація і людина: європейський підхід до побудови системи координат // Муніципальна реформа в контексті євроінтеграції України: позиція влади, науковців, профспілок та громадськості: Тези доповідей Третьої щорічної всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Київ, 06 грудня 2019 р.). – К.: ТОВ «ВІ ЕН ЕЙ ПРЕС», 2019. 228 с.

Bobrovnik Denis,

Doctor of Economics,

applicant for the Institute of Legislation

The Verkhovna Rada of Ukraine

ORCID: 0000-0002-1142-6926

Administrative contract: analysis of scientific approaches to understanding the category

Адміністративний договір: аналіз наукових підходів до розуміння категорії та її змісту

Boiko Oleksandr

Key words:

administrative contract, subjects, parties, classification, concepts, features.

Ключові слова:

адміністративний договір, суб'єкти, сторони, класифікація, поняття, ознаки.

Постановка проблеми та аналіз останніх публікацій. Вже тривалий час у вітчизняному законодавстві існує інститут адміністративного договору. Як відомо, вперше на рівні закону категорію «адміністративний договір» було впроваджено в систему легального термінологічного ряду у 2005 році, із прийняттям та набуттям чинності Кодексу адміністративного судочинства України. З того моменту проблематика адміністративного договору почала активно вивчатися та досліджуватися вітчизняними вченими-правниками. В результаті наукового пошуку у заданому напрямі з'явилася доволі численна кількість як наукових статей, так і фундаментальних наукових досліджень з порушеної проблематики. На рівні дисертаційних проектів варто зокрема згадати дисертаційні роботи К. К. Афанасьєва на тему «Адміністративний договір як форма державного управління (теоретико-правовий аспект)» (щоправда, захист дисертації відбувся ще до прийняття КАС України), С. С. Скворцова на тему «Адміністративний договір як засіб управлінської діяльності», Ж. В. Завальної на тему «Адміністративний договір: теоретичні засади та застосування», С. М. Ольховської на тему «Адміністративний договір в діяльності органів внутрішніх справ України», О. М. Ілюшик на тему «Використання адміністративних договорів у діяльності правоохоронних органів», А. М. Гуд на тему: «Адміністративний договір як форма договірного регулювання адміністративно-правових відносин» та інші дослідження, безпосереднім предметом розгляду яких був саме адміністративний договір.

Аналіз цих фундаментальних досліджень, а також вивчення значної кількості наукових статей, опублікованих протягом останніх років, дали змогу прийти до загального висновку про те, що наразі єдності у поглядах на ключові ознаки та поняття адміністративного договору серед вітчизняних та зарубіжних дослідників немає.

Мета статті – здійснити узагальнений аналіз різноманітних підходів до розуміння змісту категорії «адміністративний договір» та його ознак, на підставі чого запропонувати авторське бачення вказаної проблематики.

Виклад основного матеріалу. Одним із перших, хто за часів незалежності здійснив спробу дослідити теоретичні засади впровадження адміністративного договору у практику публічного адміністрування, став К. К. Афанасьєв, який вважав, що «...перспективним напрямком удосконалення державного управління у нових умовах є використання органами виконавчої влади України в їх правотворчій і правозастосовчій діяльності адміністративних договорів, головними перевагами яких як форми державного управління є: універсальний характер цього правового акта, що містить як регулятивний, правозастосовчий, так і правоохоронний аспекти; значні потенційні можливості договірного регулювання суспільних відносин в умовах децентралізації та деконцентрації державної влади; забезпечення процесів можливого зближення публічно-правових і приватноправових засад у сучасному державному управлінні; можливості реального гарантування захисту конституційних прав громадянина і людини, прав колективних суб'єктів адміністративного права, не наділених державно-владними повноваженнями; забезпечення ефективного судового захисту учасників адміністративних договорів у випадку порушення прийнятих зобов'язань ...»¹. Підтримуючи вченого у його роздумах з цього приводу, зауважимо, що деякі із вказаних переваг важко визнати неодмінними позитивними рисами цього інструменту публічної адміністрації. Так, наприклад, достатньо суперечливою виглядає теза про те, що саме він забезпечує ефективний судовий захист учасників адміністративних договорів. Вбачається, що ефективність захисту прав особи від свавілля чи беззаконня публічної адміністрації не залежить від

¹ Афанасьєв К. К. Адміністративний договір як форма державного управління (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2002. С. 3.

форми інструменту її діяльності, яка може лише зумовлювати певні особливості судового чи позасудового порядку захисту порушеного права, ефективність якого (захисту) залежить від наявності незалежних адміністративних судів, дотримання ними принципу верховенства права, забезпечення гласності та відкритості судового процесу, рівності перед законом і судом, а також повної та неодмінної реалізації усіх інших принципів адміністративного судочинства та загальних засад правосуддя.

Так само не поділяємо ми ідей щодо виділення так званого «правоохоронного аспекту» адміністративного договору. По-перше, не зовсім зрозуміло, що саме вчений-адміністративіст мав на увазі. По-друге, якщо К. К. Афанасьєв підкреслював можливість таким чином залучати громадські формування до охорони громадського порядку, то все ж таки навряд чи доцільно у запропонованій вченим аспектною моделі виділяти цілу тріаду в якій правоохоронний аспект виглядає зайвим, оскільки сам договір лише закріплює певні особливості їх застосування (правозастосовчий аспект).

К. К. Афанасьєв сформулював поняття адміністративного договору як добровільної угоди двох чи більше суб'єктів адміністративного права, один з яких має особисті або делеговані повноваження у сфері державного управління щодо вирішення питань виконавчого та розпорядчого характеру, яка укладена у формі правового акта, що встановлює (припиняє, змінює) їх взаємні права, обов'язки та регулює проблеми відповідальності².

Ю. П. Битяк та О. В. Константи́й стверджують, що адміністративним договором є правовий акт управління, що укладається на підставі правових норм двома (або більше) суб'єктами адміністративного права, один з яких обов'язково є органом виконавчої влади, може містити у собі загальнообов'язкові правила поведінки (нормативний характер) або встановлювати (змінювати, припиняти) конкретні правовідносини між його учасниками (індивідуальний характер)³. Аналізуючи вказане визначення, хотілося б уточнити, що нами вбачається, що адміністративний договір по своїй суті не є правовим актом управління, а саме угодою двох або більше сторін. Називати договір актом видається виправданим лише у тому випадку, коли ведеться мова про класифікацію юридичних фактів, серед яких так звані юридичні акти посідають свої чільне місце поряд із юридичними вчинками та юридичними подіями як конкретними життєвими обставинами, з наявністю та/або відсутністю яких норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правових відносин.

Досить схожим до вказаної думки є бачення сутності та змісту адміністративного договору, сформульовані у роботах С. С. Скворцова. Так, на переконання вченого, адміністративний договір – це заснована на правових нормах добровільна угода двох чи більше суб'єктів адміністративного права, один із яких завжди є самостійним суб'єктом державної виконавчої влади, наділений владними повноваженнями в сфері державного управління, за допомогою якого формуються акти державного управління, на основі яких встановлюються, змінюються чи припиняються взаємні права й обов'язки учасників договору, визначається їх відповідальність.

Також цікаво, що С. С. Скворцовим запропоновано визначення елементного складу (предмет, мета, зміст, суб'єкти і форма адміністративного договору) з розгорнутою характеристикою кожного із них окремо. Так, на думку дослідника, предметом адміністративного договору вважається безпосередня діяльність органів державної виконавчої влади по управлінню суспільством; метою управлінської діяльності державних органів є задоволення публічних потреб держави; учасниками адміністративного договору є суб'єкти управлінської діяльності, яка регулюється нормами адміністративного права; зміст адміністративного договору, крім загальних для всіх типів договорів умов, вироблених сторонами в результаті взаємного узгодження, доповнюється такими умовами, котрі властиві лише адміністративному договору (зокрема умовами загальними для усіх видів адміністративних договорів чи передбаченими для окремих їх видів спеціальними нормативними актами), а також умовами запропонованими органами управління і обов'язковими для прийняття іншою стороною⁴.

Із окремими тезами шановного вченого ми погодитися не можемо, оскільки деякі із наведених ним елементів адміністративного договору суттєво обмежують його зміст та призначення. Зокрема, предмет адміністративного договору явно не обмежується діяльністю органів державної виконавчої влади по управлінню суспільством, а стосується й органів місцевого самоврядування.

По-друге, потенціал адміністративних договорів поширюється не тільки на управлінську діяльність, але й на сервісну. Доречно нагадати у цьому контексті те, що В. Б. Авер'яновим та іншими вченими-адміністративістами неодноразово доводилася ідея про те, що норми адміністративного права регулюють не тільки управлінські відносини, а й так звану публічно-сервісну діяльність суб'єктів публічного адміні-

² Афанасьєв К. К. Адміністративний договір як форма державного управління (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Луганськ. 2002. С. 8.

³ Битяк Ю., Константи́й О. Правова природа адміністративних договорів. *Вісник Академії правових наук України*. 2001. № 3. С. 106.

⁴ Скворцов С. С. Адміністративний договір як засіб управлінської діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2005. С. 6-7.

стрування. У свою чергу, практика застосування адміністративних договорів довела, що досить часто їх предметом є делегування повноважень не тільки на здійснення управлінських дій, але й на надання адміністративних послуг приватним особам.

Але найбільш помилково видається нам теза про те, що метою управлінської діяльності державних органів є задоволення публічних потреб держави, що аж ніяк не узгоджується із філософією людиноцентризму, яка нині домінує в адміністративно-правовій науці.

Приблизно схожий контекст щодо суб'єктного складу адміністративного договору та розуміння сутності останнього демонструє М. Я. Сидор, який вважає, що у системі правових зв'язків адміністративний договір займає проміжне місце між адміністративним актом і договором приватноправового характеру. виходячи з нормативного та доктринального розуміння адміністративного договору, вчений пропонує визначати його як правовий акт, який є формою вираження спільного узгодженого волевиявлення двох чи декількох суб'єктів адміністративного права, один із яких обов'язково є органом виконавчої влади та встановлює умови, що є взаємно обов'язковими¹.

В. Б. Авер'янов звертає увагу на те, що адміністративні договори – вольові угоди, що пов'язують зазвичай двох суб'єктів публічного права і суб'єкта приватного права й укладені для досягнення мети, що відбиває суспільний (публічний) інтерес² тощо. В. К. Колпаков вважає, що адміністративний договір є визначеною актами адміністративного права угодою сторін, одна з яких є носієм державно-владних повноважень стосовно інших³. В. К. Матвійчук та І. О. Хар серед ознак адміністративного договору додатково виділяють неможливість односторонньої відмови від виконання зобов'язань та неможливість односторонньої зміни умов договору⁴.

Натомість Р. О. Куйбіда та В. І. Шишкін стверджують, що до ознак адміністративного договору можна віднести: адміністративну правосуб'єктність суб'єкта владних повноважень при укладенні адміністративного договору, юридичну нерівність сторін, що виражається у виняткових повноваженнях «управленої» сторони договору; публічно-правовий характер договірних зобов'язань; імперативно визначені умови договору за способом конструювання; мета договору – задоволення публічних інтересів⁵. Схожу позицію з цього приводу висловлює й М. А. Бояринцева, яка окрім цього вважає, що інститут адміністративного договору не є сформованим, а виступає здебільшого як окремі юридичні факти, на підставі яких виникають певні адміністративно-правові відносини. При цьому вчена не вбачає підстав вважати, що делегування повноважень оформлюється адміністративним договором, оскільки воно завжди відбувається на підставі імперативної норми закону шляхом одностороннього волевиявлення суб'єкта повноважень⁶. Отже, на думку М. А. Бояринцевої, не вбачається підстав говорити про наявність адміністративних договорів у сучасній практиці державних органів при здійсненні ними владних управлінських функцій⁷. Із вказаними твердженнями шановної вченої ми не погоджуємося, хоча й припускаємо той факт, що їх недостатньо обґрунтований характер зумовлений тим фактом, що у момент підготовки та друку публікації вченої-адміністративіста (2011 р.) дійсно практика укладання адміністративних договорів не набула такого поширення як сьогодні. Разом з тим, ми схильні підтримати вчену у тому, що якщо передання повноважень відбувається в порядку та на підставі прямої вказівки закону, такий факт передачі не є по своїй суті адміністративним договором оскільки у такому разі відсутні як мінімум такі ознаки договірної форми як добровільність та вольовий характер сторін.

Ґрунтовно аналізує інститут адміністративного договору й Ж. В. Завальна яка теж визнає факт того, що наразі існує певний розрив між теоретичними розробками, розпочатими ще за радянських часів, та намаганнями на їх базі створити концептуальні засади договірної регулювання публічних відносин загалом та адміністративних відносин зокрема⁸. Вчена-адміністративіст, сформулювавши визначення договірної форми

¹ Сидор М. Я. Договірні-правова форма в системі взаємодії місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Випуск 30. Том 2. С. 80.

² Адміністративне право України. Академічний курс : підручник: у 2-х т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). К. : Вид-во «Юрид. думка», 2004. Т. 1. Загальна частина. 2004. С. 569.

³ Колпаков В. К. Адміністративне право України : Підручник / Валерій Костянтинович Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 752 с. с. 220

⁴ Науково-практичний коментар до Кодексу адміністративного судочинства України. / За заг. ред. В.К. Матвійчука. В 2-х томах. К.: КНТ, 2007. Том 1. 2007. С. 90;

⁵ Куйбіда Р. О., Шишкін В. І. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: навчальний посібник. К. : Старий світ, 2006. С. 398.

⁶ Бояринцева М. А. Адміністративний договір: дискусійні питання правової природи та правосуб'єктності сторін. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 2 (6). С. 84-85.

⁷ Там само. С. 90-91.

⁸ Завальна Ж. В. Адміністративний договір: теоретичні засади та застосування: автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2010. С. 3.

регулювання адміністративних відносин, як способу зв'язку, заснованому на ініціативі сторін, їх внутрішньому переконанні та представлений у вигляді узгодженої, обов'язкової програми поведінки щодо досягнення результату, визначеного сторонами, довела, що адміністративний договір є однією із форм такого регулювання адміністративних відносин, що виникають між суб'єктами владних повноважень⁹.

На слушну думку Ж. В. Завальної, адміністративний договір має два види ознак: основні та факультативні. До основних нею віднесено дві ознаки – адміністративну правосуб'єктність (є однією з основних ознак адміністративного договору) та предмет договору (дії відповідних органів у межах їх компетенції, що тягнуть за собою юридичні наслідки для самих сторін і для третіх осіб, здійснюються у сфері публічного управління, спрямовані на досягнення певної мети, як правило, щодо задоволення публічного чи державного інтересу). Інші ознаки, як в цілому правильно стверджує дослідниця, сприймаються як факультативні і можуть бути застосовані для додаткової характеристики адміністративного договору: 1) наявність у меті договору публічних (суспільних, державних) інтересів, тобто метою адміністративних договорів є переважно досягнення загального блага, суспільно значущих результатів; 2) опосередкування суспільних відносин, пов'язаних із публічною владою; 3) наявність застереження про виключні повноваження публічної адміністрації; 4) укладення адміністративного договору є не тільки правом, але й обов'язком відповідних суб'єктів права¹⁰.

Всупереч поширеній тезі про нерівність сторін П. С. Лютіков дійшов висновку про те, що адміністративний договір – це все ж таки добровільна, заснована на відносній рівності домовленість двох чи більше суб'єктів адміністративного права, які наділені достатнім обсягом адміністративної правосуб'єктності, необхідної для укладення такої форми угод, що встановлюють, змінюють або припиняють взаємні права та обов'язки її учасників і спрямовані на реалізацію ними публічного інтересу¹¹. Серед прикладів у практиці укладання таких договорів вчений згадує інститут державних закупівель (окремі угоди), адміністративні договори у межах державно-приватного партнерства, якщо вони спрямовані на задоволення публічного інтересу, договори у межах повноважень органів місцевого самоврядування, передбачених п.п. 7 п. а. ст. 28 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» та ст. 10 Податкового Кодексу України, а саме закріпленої можливості органів місцевого самоврядування укладати з юридичними і фізичними особами договори на справляння місцевих зборів, обов'язковість укладення яких установлена законодавством, договори у сфері природоохоронного законодавства та ніші випадки договірним взаємовідносин у сфері публічного адміністрування¹².

М. С. Міхровська так само стримано висловлюється з приводу такої ознаки як нерівність сторін адміністративного договору та невластивість йому у повній мірі засад вільного волевиявлення, свободи договору, юридичної рівності, що характерні для регулювання цивільних договорів. Аналізуючи наявні з цього приводу думки, вчена-адміністративіст зауважує, що в такому разі йдеться саме про прояви вільного волевиявлення, свободи договору, юридичної рівності повною мірою, а не про їх відсутність взагалі. І, як слушно підкреслює М. С. Міхровська, причиною цього є лише специфіка суб'єктного складу сторін¹³. Серед обов'язкових ознак адміністративного договору вітчизняна дослідниця називає такі: однією зі сторін завжди є суб'єкт владних повноважень; за своїм змістом адміністративний договір – це угода, а не адміністративний акт, як вважають деякі науковці (це питання, на абсолютно слушне зауваження вченої, є принциповим з того погляду, що основною ознакою будь-якої угоди постає її добровільний характер); зміст такої угоди нерозривно пов'язаний з владно-управлінськими функціями суб'єкта владних повноважень¹⁴.

М. І. Смокович також ствердно наголошує на добровільному характері таких договорів, вказуючи, що адміністративним договором є різновид публічного договору, який стосується добровільного волевиявлення сторін, однією з яких є орган влади або суб'єкт, якому делеговано владні управлінські функції, та укладається з метою реалізації цими суб'єктами владних управлінських функцій без застосування примусу до виконання зобов'язань іншою стороною¹⁵. У іншій своїй публікації шановний дослідник у контексті критичного аналізу практики Верховного Суду України, наголошує на помилковості тези Суду про те, що якщо суб'єкт владних повноважень укладає договір на реалізацію свої компетенції у сфері управління проте на підставі вільного волевиявлення, на засадах рівності сторін, відповідно до норм цивільного законодавства є цивільним, а не адміністративним, оскільки за змістом такого договору відсутні відносини влади та підпорядкування. Проте,

⁹ Там само.

¹⁰ Там само. С. 13.

¹¹ Лютіков П. С. Юридичні особи як суб'єкти адміністративного права : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. К., 2013. С. 333-334.

¹² Там само. С. 332-333.

¹³ Міхровська М. С. Адміністративний договір як важлива форма діяльності публічної адміністрації. Адміністративне право і процес. 2014. № 2. С. 104.

¹⁴ Там само. С. 103

¹⁵ Смокович М. І. Визначення юрисдикції адміністративних судів та розмежування судових юрисдикцій : монографія. К.: Юрінком Інтер, 2012. С. 98.

як слушно зазначає М. І. Смокович головною умовою будь-якого договору має бути згода сторін, тобто збіг їхньої волі, яка спрямована на досягнення спільного бажаного сторонами результату¹.

Від себе додамо, що вказана концепція розуміння суті адміністративного договору побудована на ідеях В. С. Стефанюка про те, що адміністративний договір – це договір, побудований на публічно-правових нормах, який регулює добровільне узгодження волі двох (або більше) суб'єктів права, одним з яких є суб'єкт управління, про встановлення (припинення, зміну) взаємних адміністративних правовідносин².

Ідею про те, що сторони вказаного договору є рівними, а сама угода є добровільною, безумовно, підтримуємо і ми, оскільки теза про нерівність учасників такої угоди суперечить самій суті категорії «договір», що передбачає взаємне зобов'язання та домовленість усіх сторін угоди. Незважаючи на те, що адміністративний договір стосується публічного інтересу, а сферою його об'єктивізації є публічно-правова, це жодним чином не повинно ставити під сумнів рівність сторін такого договору, добровільний та взаємно вольовий характер його укладання, нівелювати його потенціал як диспозитивного важелю впливу на суспільні відносини, що виникають у сфері публічного адміністрування.

У свою чергу, на думку авторів підручнику «Загальне адміністративне право», ознаками адміністративного договору є необхідні (ті, що визначені КАС України) та додаткові (ті, що стосуються усіх адміністративних договорів або частини з них). До необхідних вченими віднесено: 1) обов'язковою стороною у ньому є суб'єкт владних повноважень (іншою стороною чи іншими сторонами можуть бути як суб'єкти владних повноважень, так і інші учасники правовідносин); 2) його змістом (предметом) є права та обов'язки сторін, пов'язані з реалізацією принаймні однією з них владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень. У свою чергу, додатковими є такі: суб'єкт владних повноважень, укладаючи відповідний договір, діє для задоволення не особистих потреб як фізичної чи юридичної особи, а публічних інтересів (потреб); суб'єкт владних повноважень, як правило, у разі укладення такого договору зв'язаний вимогами (процедурами, обмеженнями тощо), визначеними законодавством як у частині вибору контрагента, так і в частині встановлення суттєвих умов договору; суб'єкт владних повноважень укладає договір на реалізацію своєї адміністративної правосуб'єктності, а не цивільної (для адміністративної правосуб'єктності статус фізичної чи юридичної особи для суб'єкта владних повноважень не має значення); суб'єкт владних повноважень зазвичай укладає договір на підставі рішення, прийнятого на виконання владного управлінського повноваження; договір може встановлювати умови, які не властиві цивільним договорам і спрямовані на оптимальне забезпечення публічного інтересу³.

Цілком слушними видаються ідеї В. Р. Білої, яка аналізуючи оновлену нормативну конструкцію визначення «адміністративний договір» в новій редакції КАС України, зауважує, що вказане законодавче формулювання варто визнати досить вдалим, оскільки предметом адміністративного договору може ставати і та частина компетенції суб'єкта публічної адміністрації, що не має управлінського характеру, наприклад надання адміністративних послуг⁴.

Вчена наголошує, що у зв'язку з цим необхідно здійснити перегляд доктринальних уявлень про мету адміністративного договору, яка, очевидно, не може обмежуватись задоволенням публічних інтересів. Справа в тому, як вказує В. Р. Біла, доведена наявність волеузгодження сторін адміністративного договору закономірно зумовлює наявність окремих інтересів його учасників. Відповідно, якщо сторонами адміністративного договору виступають суб'єкти владних повноважень, то цілком логічно представляти мету договору в задоволенні публічних інтересів. Утім, коли в договірні відносини з публічною адміністрацією вступають юридичні та фізичні особи, рушійною силою їх дій виступає перш за все інтерес приватний. На підставі вказаного, вчена припускає, що запропонована М. М. Коніним формула мети адміністративного договору як досягнення суспільно значущих результатів⁵, є цілком прийнятною⁶.

Завершуючи узагальнений огляд наведених точок зору з приводу розуміння сутності та призначення адміністративного договору, дозволимо собі звернути увагу на відповідні дослідження Р. О. Куйбіди, присвячені порушеній проблематиці. Зокрема, аналізуючи зарубіжний досвід нормативного регулювання інституту адміністративного договору, Р. О. Куйбіда дійшов висновку, що розглянутий ним досвід деяких європейських держав підтверджує, що в Європі також відсутнє уніфіковане розуміння адміністративного договору. При цьому в різних державах правова категорія «адміністративний договір» може називатися

¹ Смокович М. І. Адміністративний договір: примус чи волевиявлення. *Право і безпека*. 2012. № 2. С. 74.

² Стефанюк В.С. Судовий адміністративний процес: Монографія. Харків: Фірма «Консум», 2003. С. 129

³ Гриценко І. С., Мельник Р. С., Пухтецька А. А. Загальне адміністративне право : підручник ; за заг. ред. І. С. Гриценка. К. : Юрінком Інтер, 2014. С. 285-286.

⁴ Біла В. Р. Адміністративний договір як правова форма публічного адміністрування: оновлення доктринальних підходів. *Право і безпека*. 2019. № 4. С. 44.

⁵ Конин М. Н. Административное право России : учеб. М. : Проспект, 2006. С. 139.

⁶ Біла В. Р. Адміністративний договір як правова форма публічного адміністрування: оновлення доктринальних підходів. *Право і безпека*. 2019. № 4. С. 44.

по-різному і мати неоднакове змістовне наповнення. Також відсутні чіткі та однакові межі між адміністративними (публічно-правовими) та цивільними (приватноправовими) договорами. На думку вченого, актуальним є питання про обрання національної моделі адміністративного договору та підготовку змін до матеріального законодавства шляхом доповнення спеціальних законів положеннями про те, що передбачені ними договори є адміністративними, або прийняття окремого закону про адміністративні договори, який би визначав сферу укладання адміністративних договорів, види, загальні процедури їх укладення, наслідки невиконання, правила про недійсність тощо. Ми абсолютно солідарні з Р. О. Куйбідою у тому, що «чітке окреслення поняття адміністративного договору та розширення сфери його використання у публічно-правових відносинах має змінити уявлення про адміністративне право як таке, що регулює винятково відносини влади-підпорядкування і має суто імперативний характер. Це дасть можливість зробити відносини з органами публічної адміністрації більш гнучкими, ширше застосовувати у них диспозитивний метод і таким чином підвищити ефективність публічної адміністрації»⁷.

Висновок. На підставі проведеного аналізу, спробуємо підсумувати його результати та звернути увагу на таке:

1. Ми схильні застосовувати до цього інституту узагальнену назву інструмент, а не форма публічного адміністрування, оскільки сам такий підхід дає змогу. При цьому зауважмо, що ми жодним чином не ставимо під сумнів застосування форми чи методу, а лише наголошуємо на більшій пристосованості саме терміну «інструмент». Окрім того такий підхід, як видається, дає змогу уникнути зайвих різночитань та дискусій у площині правильності використання таких категорій як «метод» та «форма» публічного адміністрування.
2. Вважаємо, що по своїй суті адміністративний договір не можна вважати адміністративним актом, оскільки вказаний різновид договору є самостійним інструментом діяльності публічної адміністрації. При цьому, зауважмо, що з точки зору класифікації юридичних фактів, адміністративний договір уявляється нами як юридичний акт – тобто дії спрямовані на досягнення певного правового результату, з наявністю та/або відсутністю якого норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правових відносин.
3. Обов'язковими ознаками адміністративного договору є:
 - добровільність;
 - взаємна воля сторін на його укладання;
 - мета – досягнення суспільно значущих результатів;
 - однією із сторін є суб'єкт владних повноважень;
 - визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері;
 - укладається на підставі закону та в межах повноважень відповідних суб'єктів.

Зауважимо, що всі інші ознаки адміністративного договору, на наше переконання, мають характер факультативних.

4. Адміністративний договір – добровільна, побудована на взаємній волі угода двох або більше суб'єктів права, що володіють адміністративною правосуб'єктністю, яка визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері, укладається на підставі закону та в межах повноважень відповідних суб'єктів та має на меті досягнення суспільно значущих результатів.

Анотація.

У статті здійснено узагальнений аналіз різноманітних підходів до розуміння змісту категорії «адміністративний договір» та його ознак, на підставі чого запропонувати авторське бачення вказаної проблематики.

Аналіз низки фундаментальних досліджень, присвячених порушеній автором проблематиці, а також вивчення значної кількості наукових статей, опублікованих протягом останніх років, дали змогу автору прийти до загального висновку про те, що наразі єдності у поглядах на ключові ознаки та поняття адміністративного договору серед вітчизняних та зарубіжних дослідників немає.

На підставі вказаного аналізу автором серед обов'язкових ознак адміністративного договору окреслено: добровільність; взаємна воля сторін на його укладання; мета – досягнення суспільно значущих результатів; однією із сторін є суб'єкт владних повноважень; визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері; укладається на підставі закону та в межах повноважень відповідних суб'єктів. Зауважено, що всі інші ознаки адміністративного договору, на наше переконання, мають характер факультативних.

Доведено, що адміністративний договір – добровільна, побудована на взаємній волі угода двох або більше суб'єктів права, що володіють адміністративною правосуб'єктністю, яка визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері, укладається на підставі закону та в межах повноважень відповідних суб'єктів та має на меті досягнення суспільно значущих результатів.

⁷ Куйбіда Р. Адміністративний договір у практиці європейських країн. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 2. С. 182-183.

Summary.

The article provides a generalized analysis of various approaches to understanding the content of the category «administrative contract» and its features, on the basis of which to offer the author's vision of this issue.

The analysis of a number of fundamental researches devoted to the issues raised by the author, as well as the study of a significant number of scientific articles published in recent years, allowed the author to come to the general conclusion that currently there is unity in views no.

Based on this analysis, the author outlined among the mandatory features of the administrative contract: voluntariness; mutual will of the parties to its conclusion; goal – to achieve socially significant results; one of the parties is a subject of power; determines the mutual rights and obligations of its participants in the public sphere; concluded on the basis of the law and within the powers of the relevant entities. It is noted that all other features of the administrative contract, in our opinion, are optional.

It is proved that an administrative contract is a voluntary, built on mutual will agreement of two or more subjects of law with administrative legal personality, which determines the mutual rights and obligations of its participants in the public sphere, is concluded on the basis of law and in within the powers of the relevant entities and aims to achieve socially significant results.

References:

1. Афанасьев К. К. Административный договор как форма государственного управления (теоретико-правовой аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харьков, 2002. 19 с.
2. Афанасьев К. К. Административный договор как форма государственного управления (теоретико-правовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Луганськ. 2002. 191 с.
3. Битяк Ю., Константи́н О. Правова природа адміністративних договорів. *Вісник Академії правових наук України*. 2001. № 3. С. 101-109.
4. Скворцов С. С. Административный договор как засіб управлінської діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харьков, 2005. 26 с.
5. Сидор М. Я. Договірно-правова форма в системі взаємодії місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Випуск 30. Том 2. С. 75-81.
6. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник у 2-х т. Ред. Колегія : В. Б. Авер'янов (голова). К. : Вид-во «Юридична думка», 2004. Т. 1. Загальна частина, 2004. 584 с.
7. Колпаков В. К. Адміністративне право України : Підручник / Валерій Костянтинович Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 752 с.
8. Науково-практичний коментар до Кодексу адміністративного судочинства України. / За заг. ред. В.К. Матвійчука. В 2-х томах. К.: КНТ, 2007. Том 1. 2007. 786 с.
9. Куйбіда Р. О., Шишкін В. І. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: навчальний посібник. К. : Старий світ, 2006. 576 с.
10. Бояринцева М. А. Адміністративний договір: дискусійні питання правової природи та правосуб'єктності сторін. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 2. С. 79-94.
11. Завальна Ж. В. Адміністративний договір: теоретичні засади та застосування: автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Харьков, 2010. 28 с.
12. Лютіков П. С. Юридичні особи як суб'єкти адміністративного права : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. К., 2013. 454 с.
13. Міхровська М. С. Адміністративний договір як важлива форма діяльності публічної адміністрації. *Адміністративне право і процес*. 2014. № 2. С. 102-108.
14. Смокович М. І. Визначення юрисдикції адміністративних судів та розмежування судових юрисдикцій : монографія. К.: Юрінком Інтер, 2012. 304 с.
15. Смокович М. І. Адміністративний договір: примус чи волевиявлення. *Право і безпека*. 2012. № 2. С. 72-77.
16. Стефанюк В.С. Судовий адміністративний процес: Монографія. Харьков: Фірма «Консум», 2003. 464 с.
17. Гриценко І. С., Мельник Р. С., Пухтецька А. А. Загальне адміністративне право : підручник ; за заг. ред. І. С. Гриценка. К. : Юрінком Інтер, 2014. 568 с.
18. Біла В. Р. Адміністративний договір як правова форма публічного адміністрування: оновлення доктринальних підходів. *Право і безпека*. 2019. № 4. С. 43-48.
19. Конин М. Н. Административное право России : учеб. М. : Проспект, 2006. 688 с.
20. Куйбіда Р. Адміністративний договір у практиці європейських країн. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 2. С. 176-183.

Boiko Oleksandr,

postgraduate student of the department of administrative and customs law,
University of Customs and Finance

Legal force of the precedent in countries of the traditional law legal family

Юридична сила прецеденту в країнах правової сім'ї традиційного права

Bondarenko Yevheniia

Key words:

source of law, legal precedent, law, custom, tradition, legal family.

Ключові слова:

джерело права, правовий прецедент, право, звичай, традиція, правова сім'я.

Introduction. The level of the international, political, cultural cooperation between different countries contributes to the active assimilation of legal systems, and presume the change of the legal force of different sources of law within one legal family. That is why, examining various legal families, it is necessary to pay attention to the mutual influence of legal systems on each other, their dynamics which lead to the changes in the legal force of sources of law. The lack of a comprehensive scientific work in the field of study of the role and place of the legal precedent among other sources of law in countries of traditional law, the establishment of its legal force and practical significance for the regulation of social relations and determines the relevance of the topic.

The scientific discussions concerning the role and place of the legal precedent among other sources of law continue among Ukrainian and foreign scholars. A significant contribution to the study of this issue was made by J.-L. Bergel, D. Lloyd, R. Walker, I. Tsuneo, C. Inako I. Bogdanovskaya, E. Trubetskoy, O. Zhidkov, N. Onishchenko, T.I. Bondaruk, M.D. Khodakovsky, N. Parkhomenko and others. The study of the legal force of a legal precedent as a source of law in countries of a religious legal family is the subject of the works of R. David, K. Zweigert, H. Ketz, L.R. Syukiyainen and others, however, the controversial nature of this issue, as well as the dynamics of legal systems, determine the need to study this issue.

The task of determining the legal force of a specific law does not lose its relevance because of the rise of the international political and cultural contacts between countries. The mutual influence of legal systems on each other is very dynamics. According to Ukrainian scholars, considering the peculiarities, features is the starting point for both the knowledge of the entire historical process and the typology of legal systems¹. Moreover, it is logical that the existence of various stages, historical periods of the development of law is allowed, and at the same time it is emphasized that phasing, discreteness does not mean the recognition of a certain gap in the history of mankind. The development of human society, and at the same time of law, is continuous the natural-historical process is objectively determined².

The economic factors are singled out from among the reasons that cause the differences between various legal systems that have a spatial characteristic. For example, V. Zhuravsky and K. Povolokina noted that each legal system represents a sufficiently high level of "super structure", which is based on the corresponding economic structure of society, any legal system is designed to play the role of various spheres of society and the needs of the economy³.

Therefore, before proceeding directly to the study of the place of the legal precedent among other sources of law in the traditional legal family, we note that it is divided into two subtypes of legal systems - the states of the Far East and the countries of Africa.

To the Far Eastern subsystem, scientists include primarily the legal systems of China and Japan, as well as some other developing countries under their influence - Mongolia, Korea, Malaysia, Indonesia, Burma. At the same time, China and Japan are named by almost all researchers as the most illustrative countries, distinguished by the specifics of the law of understanding, the features of which influenced the legal systems of other countries

¹ Theory of state and law. —Kh.: Odissey, 2006.- P. 227-230

² Comparative jurisprudence (theoretical and legal research): Monograph / Ed. A. Zaichuk, N. Onishchenko. - K.: «Publishing House «Feniks», 2007.- P.178

³ Comparative jurisprudence (theoretical and legal research): Monograph / Ed. A. Zaichuk, N. Onishchenko. - K.: «Publishing House «Feniks», 2007. - P. 237

of the East¹. The second subsystem includes more than 40 states located on the African continent and Madagascar².

A characteristic feature of this legal family can be called custom, as the main source of law. Since society itself recognizes the priority of forming the norms of law, the custom has been formed over many centuries on the basis of traditions and moral and ethical ideas of the people, and regulated almost all aspects of public life. We can identify custom as a habitual course of conduct observed uniformly and voluntarily by the people. Custom is some kind of special rule which is followed from time immemorial.

The ethnic researchers of the law of China, in particular I. Tsuneo, note that the tradition continues its existence not only in legal theory and practice, it has become the basis of spiritual culture, the inner conviction of each individual representative of this civilization, it plays the role of an internal imperative³. Following this idea and perception of the world, it becomes clear the negative attitude of the representatives of the traditional legal family to the legislation, ignorance of state structures in the process of implementing the rule of law and the weak level of development of the legal infrastructure. These features are the prerequisites that determine the position of the legal precedent in these countries.

Recognition of customary law and disregard of the legislative led to peculiarities in the process of implementing the norms of law, in particular when considering legal disputes. For centuries, these norms have been enforced mainly through non-state structures, self-governing public structures and social pressure on offenders. People avoided going to courts for the protection of their rights. The vast majority of disputes were resolved through conciliation procedures mediated by respected members of society on the basis of customary law. The decision itself in a disputable situation was very individual, was recorded nowhere, that's why in fact precedents were not actually created.

The decision of the ancient Chinese court, reflecting the specific features of this culture, is really qualitatively different from the decision of the European or American, For the Chinese judge it was much more important to preserve the peace and harmony of society than to make a decision based on the law, but capable of blowing them up. The reason for this lies, in our opinion, in the specific attitude of Eastern society to law with its regulatory capabilities. This is mainly due to the influence on the culture of the countries of the Far East, especially China, of the traditions of Confucianism, with its perception of the idea of harmony, to which every person should strive to achieve. This harmony is perceived as part of the overall harmony represented in nature and the world order. The point is not just in different concepts of legal understanding, the difference lies much deeper. Perhaps, in this case, we can point about one of the manifestations of the difference between Eastern and Western civilizations as a whole.

As one of the characteristics of Chinese society is often used the term "traditionalism"⁴. This feature was reflected in the style of the court decision, rich in quotes from Confucius, the teachings of Taoists, and famous works of literature. This was done in order to give weight and persuasiveness to the decision, as well as in order to make the disputants study the quoted works and perceive their wisdom.

This traditionalism of the Chinese judges is very similar at first glance to the traditionalism of the English judge, but it did not lead to the establishment of a system like the English. In comparison with England, the emergence of written law, the lack of a system of court reports and professional training of lawyers, the importance of which for consolidating the precedent as a source of law is difficult to overestimate, and the jurisprudence itself as a science and sphere of activity - all this led to the fact that the doctrine, similar to the English principle "stare decisis" did not work out⁵.

A similar attitude towards the courts and the decisions created by them is in Japan, with the main difference that the law of this country was influenced and became a recipient, not on the common law as China, but of the Romano-Germanic legal family. C.Inako, assessing the statistics of civil cases in courts, he points out that in Japan there are ten times less lawsuits than in the USA and Great Britain, and more than half of the lawsuits filed end in an amicable agreement or waiver of the claim⁶. Perhaps this is the reason for the rather small number of judges in the country - about 2200 with a population of over 126 million⁷.

¹ Comparative jurisprudence (theoretical and legal research): Monograph / Ed. A. Zaichuk, N. Onishchenko. - K.: «Publishing House «Feniks», 2007. - P. 322

² Comparative jurisprudence: textbook / S. Pogrebnyak, D. Lukyanov, I. Bilya-Sabadash and others; ed. A. Petrishina. - Kh.: Pravo, 2012.- P. 239

³ Inako Tsuneo. Law and politics of modern China / Trans. from Japanese V. Baturenko and E. Paschenko, - M.: Progress, 1978, - P. 143.

⁴ He Weifang. The style and spirit of traditional Chinese judicial decision - based mainly on Song dynasty cases, and compared to court decision in England // Social sciences in China. Vol. XII. № 3. 1991. - P. 79

⁵ He Weifang. The style and spirit of traditional Chinese judicial decision - based mainly on Song dynasty cases, and compared to court decision in England // Social sciences in China. Vol. XII. № 3. 1991. - P. 82.

⁶ Inako Tsuneo. Modern Japanese law. / T. Inako: trans. from japan. - P. 151.

⁷ B. Shishkin. Judicial systems of the countries of the world: a tutorial. Book. 1.-K.: Yurinkom Inter, 2001 .- P. 289-301.

According to the statistic the modern social role of lawyers and legal profession in countries of traditional law remains unclaimed in comparison with countries of continental and common law⁸ Lawyers were treated with distrust, believing that they use abstract rules to create obstacles to the settlement agreement, thereby contributing to indecent behavior, which is incompatible with the interests of society. In addition, in China, the position of a judge was held not by professional lawyers, but by officials who had to pass an examination of a literary nature and be guided by the advice of their colleagues, and a person versed in law was despised, although they secretly consulted with them. Therefore, in the history of China there was no legal doctrine and not a single famous lawyer⁹.

For the modern legal systems of the countries of the Far East, tradition and law co-exist, and with time the nature of their interaction and legal competition changes, which leads to a transformation of attitudes towards representatives of the legal profession. The processes of democratization of traditional societies, strengthening and expanding international relations, the performance of other external functions by the state lead to the need to unify the means of legal cooperation, and the recognition of the broad possibilities of law in social regulation. However, according to the well-known scientist R. David, even if westernization takes place in full, then the application of law will still experience the effectiveness of traditional principles¹⁰.

Regarding to African countries, which are also carriers of traditional (customary law), we note that under the conditions of state independence, African peoples have a real opportunity to independently form their state and legal system. Some countries became republics, others - monarchies or dictatorships, some built socialism, others - capitalism. The general feature of postcolonial development can be considered the preservation of the general parameters of the legal systems created by the metropolises. The states that were under the control of the countries of the Romano-Germanic legal family retained its main features - the supremacy of normative legal acts, codification of legislation, etc. (Algeria, Congo, Morocco, Senegal, Tunisia, etc.). The countries that were under the protectorate of Great Britain retained many institutions of common law (Nigeria, Sudan, Tanzania, etc.). In addition, Islam had a significant influence on the formation of the legal systems of independent states. Many African states have recognized its norms as an integral part of the legal system. Muslim law is currently applied in Algeria, Egypt, Morocco, Nigeria, Sudan, Tanzania, Tunisia, Ethiopia. In most countries, it regulates a fairly narrow sphere of social relations - marriages, divorces, inheritance. Some countries have recognized Sharia law as the basic principles of the entire legal system. The Egyptian Constitution (Art. 2) established Islam as the state religion, and Sharia as the main source of legislation. In some countries (Nigeria, Ethiopia) there are special Muslim courts¹¹.

Mainly all African states recognize the power of the customary law, which is an integral part of the legal system of these countries. Thus, it is possible to speak about the universal character of a court decision and, therefore, the universal character of a precedent as a source of law only in relation to legal systems developing in the direction of the so-called Western civilization. Although, it should be noted that at present, the attitude towards law in the countries of the Far East differs significantly from that prevailing in antiquity¹². However, in this situation, it can be argued that some borrowings have affected not only the sphere of law, but also many other spheres of public life.

The scientists note, that for the countries of traditional law the significant importance and legitimation of the law and judicial precedent is increasing, their role sometimes turns out to be a derivative of traditional norms of morality and customs. An analysis of the law and precedent of the countries of the Far East reveals such an interesting feature that a special technique is used to resolve a dispute in traditional societies, which does not provide for going to court. Such an unusual for Europeans and to a greater extent not entirely clear attitude to law as a means of social regulation and control largely explains the corresponding attitude to the legal profession, quite logically. This situation is reminiscent of the one that has historically developed in the countries of Islam, where the norms of religion have priority over the norms of legal law created by the state¹³.

Conclusions. Summing up, it is necessary to agree with scientists that the spatial component of legal systems is very significant. Each of the main legal systems covers its own region: Romano-Germanic - the continental part of Europe and Latin America, Common law - England, its dominions, USA, Ireland. This applies even more to the so-called "traditional" legal systems. So, although the legal life of China, Japan, African countries in our

⁸ O. Svyatotskiy and others. Modern systems of the legal profession / Ed. O. Svyatotskiy. K.: Law of Ukraine, 1993.-P.154.

⁹ Legal systems of the countries of the world. Encyclopedic reference / Ed. Doctor of Law A. Sukharev.- M.: Publishing House NORMA, 2000. - P. 319.

¹⁰ David R., Geoffrey-Spinoza K. Basic legal systems of our time / Trans. from fr. V. Tumanov. - M.: Intern. Relations, 2003.- P. 377.

¹¹ Comparative jurisprudence: textbook / S. Pogrebnyak, D. Lukyanov, I. Bilya-Sabadash and others; ed. A. Petrishina. - Kh.: Pravo, 2012. - P. 261

¹² David R., Geoffrey-Spinoza K. Basic legal systems of our time M., 1998; A. Saidov. Comparative jurisprudence. M., 2000, etc.

¹³ Comparative jurisprudence (theoretical and legal research): Monograph / Ed. A. Zaichuk, N. Onishchenko. - K.: «Publishing House «Feniks», 2007. - P. 322

time is significantly influenced by Western legal systems, however, local customs and traditions play here an extremely important role in solving a significant number of issues not only in the areas of family relations, but also in matters of criminal law, business, national policy, land ownership and real estate. Perhaps there are no countries left in the world whose legal systems would be based solely on religious or national postulates. A number of legal systems have a "hybrid" character, due to the historical path that this or that country has passed (South Africa, Israel). This is largely due to spatial factors - they were settled by residents of other countries, which were dominated by various legal systems.

The understanding of law as a category, the legal force of the sources of law, the mechanism of legal regulation differs for each individual legal system. For countries of religious and traditional law, the legal norm is of secondary importance, and the effectiveness of its implementation in legal work depends on consistency with the norms of morality, religion, customs or traditions. In this regard, the social role, content and scope of legal work in different legal systems will be different.

Summary.

The article deals with the role and place of the legal precedent among the other sources of law in the countries of the traditional law family, established its legal force and practical value for the regulation of social relations. Analyzing the features of the development of sources of traditional law legal family. Herewith special attention is paid to the historical retrospective the development of the law system of the countries belonging to this legal family.

References:

1. Theory of state and law. —Kh.: Odissey, 2006.- 479 p.
2. Comparative jurisprudence (theoretical and legal research): Monograph / Ed. A. Zaichuk, N. Onishchenko. - K.: Publishing House "Feniks", 2007. - 430 p.
3. Comparative jurisprudence: textbook / S. Pogrebnyak, D. Lukyanov, I. Bilya-Sabadash and others; ed. A. Petrishina. - Kh.: Pravo, 2012.- 272 p.
4. Inako Tsuneo. Law and politics of modern China / Trans. from Japanese V. Baturenko and E. Paschenko, - M.: Progress, 1978, - 295 p.
5. H. Weifang. The style and spirit of traditional Chinese judicial decision - based mainly on Song dynasty cases, and compared to court decision in England // Social sciences in China. Vol. XII. № 3. 1991. - P. 79
6. Inako Tsuneo. Modern Japanese law. / T. Inako: trans. from japan. 1981 – 269 p.
7. B. Shishkin. Judicial systems of the countries of the world: a tutorial. Book. 1.-K.: Yurinkom Inter, 2001.- Кн.1. – 320 p.
8. O. Svyatotskiy and others. Modern systems of the legal profession / Ed. O. Svyatotskiy. K.: Law of Ukraine, 1993.- P.154.
9. Legal systems of the countries of the world. Encyclopedic reference / Ed. Doctor of Law A. Sukharev. - M.: Publishing House NORMA, 2000, 817 p.
10. David R., Geoffrey-Spinoza K. Basic legal systems of our time / Trans. from fr. V. Tumanov. - M.: Intern. Relations, 2003.- 400 p.
11. David R., Geoffrey-Spinoza K. Basic legal systems of our time M., 1998 – 624 p.
12. A. Saidov. Comparative jurisprudence. M., 2000 - 448 p.

Bondarenko Yevheniia,

*Department of Constitutional, Administrative and Criminal Law, Institute of Law,
SHEI "Vadym Hetman Kyiv National Economic University"*

Human self-presentation (personality) in the territorial community: theoretical approaches to understanding and significance

Самопрезентація людини (особистості) в територіальній громаді: теоретичні підходи до розуміння та значущості

Boyarsky Alexander

Ключові слова:

входження людини до територіальної громади, місцеве самоврядування, територіальна громада, права людини, самопрезентація людини (особистості).

Key words:

human entry into the territorial community, local self-government, territorial community, human rights, human (personality) self-presentation.

Постановка проблеми. Становлення та розвиток в Україні системи місцевого самоврядування (далі – МСВ) де первинним і основним суб'єктом виступає територіальна громада (далі – ТГ) – сукупність жителів села, селища, міста, що створюється для самостійного вирішення питань місцевого значення в межах Конституції та законів України (ст. 140 Конституції України), актуалізували дослідження ролі і місця людини (особистості) в процесах самоорганізації, самодіяльності, самомотивації, самовизначення і самоврядування в межах такої громади, яка функціонує на рівні локального соціуму, що виступає природним простором реалізації життєвого циклу людини в умовах повсякденності.

В процесі пошуку теоретичних засад входження людини до ТГ було, по-перше, досліджено низку методологічних підходів до здійснення таких усвідомлених і телеологічно обґрунтованих дій з боку людини; і, по-друге, було встановлено, що такі дії детерміновано екзистенційними настановами існування людини як такої; по-третє, було доведено, що такі дії мають під собою ґрунтовну психологічну базу, що на пряму взаємодіє з екзистенційними настановами існування людини в ТГ. Представниками психологічної доктрини було здійснено профільне дослідження і встановлено, що такий інтерактивний (взаємопов'язаний. – Авт.), інтерсуб'єктивний (той, що веде до виникнення спільності. – Авт.) і інтегративний (той, що об'єднує, системний, комплексний. – Авт.) акт входження людини до ТГ відбувається на засадах доктрини самопрезентації людини (особистості) в територіальній спільноті.

Отже, феномен самопрезентації людини (особистості) володіє великим методологічним, доктринальним, аксіологічним, онтологічним, гносеологічним та праксеологічним потенціалами, бо він не тільки допомагає усвідомити процеси, що об'єктивно змушують людину входити до територіальної спільноти, а і, завдяки своїй змістовній наповненості і особливостям прояви в різних сферах діяльності людини, фактично детермінує і моделює її поведінкові настанови в процесі реалізації рольових позицій, які людина (особистість) виконує в локальному соціумі, а також у відносинах з державою (член родини, робітник, споживач, платник податків тощо).

Отже, огляд і дослідження сучасних теоретичних підходів до розуміння самопрезентації людини (особистості) в ТГ є найважливішим кроком для усвідомлення:

- а) її психологічного настрою (психологічно-поведінковий критерій. – Авт.);
- б) виникнення чинників нормування, що лежать в основі її соціалізації (поведінково-нормуючий критерій. – Авт.);
- в) тенденцій нормативізації, що виступають основоположними елементами у подальшому нормативно-правовому регламентації і регулюванні її поведінкових настанов (критерій нормативізації / преднормативний/. – Авт.);
- г) її комунікативного потенціалу, що лежить в основі визначення самопрезентації людини (особистості) як невід'ємного атрибуту будь-якої соціальної взаємодії (комунікативний критерій. – Авт.).

Отже, можна стверджувати, що самопрезентація людини (особистості) виступає:

- а) як складний соціально-психологічний феномен, що
- б) обумовлює її поведінку, що

- в) веде до усвідомлених дій щодо входження, існування і подальшого функціонування в межах територіальної спільноти – ТГ,
- г) з майбутніми нормуванням і нормативізацією такої поведінки, що є підсумком її соціалізації,
- д) а також з наступною регламентацією та регулюванням правовими нормами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Критично осмислені положення, аргументи та висновки відносно актуальних питань юридичної антропології, включаючи й проблематику формування феноменології ТГ та людини в її межах, а також її прав містяться в працях і вітчизняних, і зарубіжних учених різних історичних епох з: - *історії*: Б. Андрушківа, Т. Вівгарина, П. Ігнатенка, М. Картавого, Н. Корабльова, О. Кульчицького, І. Лисяк-Рудницького, Л. Мяснікова, А. Нехашкіна, С. Пролєєва, Б. Цибалістого, Д. Чижевського, В. Шамрая, А. Шевцова, М. Шлемкевича, О. Фісуна, О. Чаплигіна, М. Юрія та ін.; - *етнокультурології*: М. Костомарова, Л. Гумільова, Б. Цимбалістого, О. Нельги та ін.; - *політології*: А. Авілова, М. Андріанова, А. Андрєєва, К. Гаджієва, І. Дубова, І. Кресіної, Л. Кормич, О. Мітіна, М. Назарова, С. Наумкіної, В. Петренка, О. Шестопалова та ін.; - *психології*: М. Варія, Г. Дилигінського, А. Фурмана, Є. Шестопалова та ін.; - *філософії*: В. Горського, Н. Мозгової, І. Огородник, М. Поповича, В. Табачковського, Ю. Федіва, Г. Горака, Р. Додонова, В. Жадько, Т. Ящука та ін.; - *філософії права і правознавства*: Д. Андрєєва, М. Баймуратова, Р. Байніязова, О. Балинської, О. Батанова, В. Вовк, О. Грищук, Є. Копельців-Левицької, М. Козюбри, А. Колодія, Ю. Лободи, С. Максимова, Д. Меняйлова, О. Мордовцевої, Ю. Оборотова, М. Орзіх, О. Омельчука, В. Погорілка, А. Романової, П. Рабіновича, С. Сливки, В. Синюкової, А. Токарської, І. Яковюка та ін.

До класичних праць з юридичної антропології в контекстуалізації ролі і місця людини в рамках людської територіальної спільноти, відносяться роботи відомих зарубіжних вчених-юристів, антропологів, соціологів: Ф. фон Бенда-Бекманна, М. Блока, Ф. Боаса, Ф. Броделя, Г. Бутуля, Т. Гайгера, Ж. Ле Гоффа, Дж. Гріффітса, П. Динцельбахера, Ж. Дюбі, Ж. Карбоньє, К. Леві-Стросса, Б. Малиновського, Р. Мандру, Д.І. Мейєра, С.Е. Меррі, Г. Моргана, С.Ф. Мура, Х. Ортега-і-Гассета, А.Р. Редкліфа-Брауна, Н. Рулана, Г. Дж. Самнер-Мена, Т. Телленбаха, Р. Шпранделя, Л. Февра, Д. Філда та ін.

Вважаємо, що наявність великої кількості вчених-фахівців з різних напрямків суспільних знань, що займалися доктринальним супроводженням і забезпеченням досліджуваної проблематики, підтверджує не тільки її особливу складність, комплексність та системність, надає їй об'єктивний та актуальний характер, а і її суттєву суперечливість для розуміння процесів, тенденцій, формування концептів в досліджуваній сфері, що додатково актуалізує необхідність посилення її доктринального супроводження і забезпечення.

Тому **метою** даної статті є дослідження теоретичних підходів до розуміння та значущості феноменології самопрезентації людини (особистості) в ТГ.

Виклад основного матеріалу. Вчені-фахівці психологічної науки стверджують, що предметна область самопрезентації особистості пов'язана з її вивченням як специфічного і унікального соціально-психологічного феномену. Така оцінка уявляється обґрунтованою, виходячи з наступних аргументів: а) її феноменологічність витікає з недостатнього пізнання цього явища, що торкається психологічних настанов в діяльності людини, і науковим пошуком, що спирається на процес пізнання з використанням інтуїтивних, апріорних підходів і наступної фіксації отриманих знань у вигляді сутностей, що пізнаються. Тобто, мова іде про опис досвіду свідомості, що знаходиться в стані пізнання і виділення в ньому сутнісних характеристик; б) її специфічність знову ж детермінується складними соціально-сутнісними та соціально-нормативними явищами в яких існує та функціонує людина, а також її почуттями від комунікативної взаємодії з іншими членами локального соціуму – територіальної громади, де здійснюється в умовах повсякденності її життєвий цикл. Тобто, мова йде про перманентність такої комунікації, її екзистенційність, результативність та ефективність – звідси і специфічність; в) унікальність цього соціально-психологічного феномену міститься в його глибинному зануренні у свідомість людини та її вплив у вигляді відповідної поведінки (поведінкових настанов) людини, що трансформуються у її конкретні дії чи бездіяльність – на формування локального соціуму у вигляді ТГ, що виникає по місцю її народження, знаходження, постійного існування і функціонування, а також про вплив територіальної спільноти на саму людину (особистість) та її поведінковий дискурс.

Отже, визначенню наведених характеристик сприяє семантико-етимологічне визначення терміну «самопрезентація» (від англ. self- presentation – «Я сам» і «представлення себе, підношення себе»), що використовується сьогодні практично у всіх гуманітарних науках і найчастіше у вузькому спектрі значень: як специфічна усвідомлена діяльність людини у відповідних ситуаціях; маніпулятивна поведінка, спрямована на створення певного свого образу в очах інших, і т. п.. У Енциклопедичному словнику цей термін визначається як процес подання людиною власного образу в соціальному світі, що характеризується намірами на створення в оточуючих певного враження про себе.

В останні роки відзначається збільшення кількості вітчизняних і зарубіжних досліджень різних сторін досліджуваного феномена в різних галузях гуманітарного знання (психології, культурології, соціології, соціальної філософії, культурної антропології, психолінгвістиці та ін.); вже накопичений великий обсяг матеріалу, однак відсутнє узагальнене, системне розуміння самопрезентації особистості. Треба зазначити, що кожний науковий напрямок розглядає самопрезентацію переважно у вузькому сенсі, зазвичай у застосуванні до свого категоріального апарату, предметної області та авторсько-доктринальних уподобань.

Таке становище зумовлено невизначеністю обсягу і змісту самого терміну «самопрезентація» при його використанні в психології, імпліцитно прийнятій установкою пов'язувати самопрезентацію тільки зі специфічною короткостроковою діяльністю з усвідомленого управління виробленим враженням.

Наведений стан дослідження профільного терміну привів до того, що феноменологія самопрезентації в науковій літературі розглядається [5]:

- як засіб для організації взаємодії з іншими людьми з метою досягнення власних цілей (І. Гофман);
- як форма, що пов'язана з соціальною поведінкою (М. Ріесс і Дж. Тедеші);
- як засіб з підтримки рівня самооцінки (М. Вейголд, Б. Шленкер, М. Лірі, Д. Майерс Р. Ковальські);
- як засіб формування самооцінки і образу «Я» (Ч. Кулі і Дж. Г. Мід);
- як засіб самовираження (А. Стейхлбер і Р. Баумейстер);
- як прийом усунення когнітивного дисонансу (Л. Фестінгер і Ф. Хайдер);
- як реалізація мотивації на досягнення або ж уникнення невдач (А. Шутц і Р. Аркін);
- як стан, пов'язаний з об'єктивною самосвідомістю в результаті сприйняття сукупності чужих оцінок (Р. Вікланд);
- як наслідок підвищення мотивації в результаті фокусування своєї уваги на власному образі (Г. Глейтман);
- як прояв прагнень до влади в міжособистісних відносинах (Т. Піттман і І. Джонс);
- як особистісні риси (М. Шеріер, А. Фестінгер, А. Басс, М. Снайдер);
- як представлення своїх особистісних якостей у зв'язку з потребою у відносинах довірчого характеру (Л. Б. Філонов) або для встановлення порядку взаємодії (Р. Парфьонов);
- як зовнішній вплив на ставлення оточуючих (А. А. Бодальов), напрямки сприйняття партнера в рамках певного шляху (В. П. Третьяков, Ю. С. Крижанская, Г. В. Бороздіна);
- як створене певне враження і регуляція власної поведінки (Ю. М. Жуков);
- як рекламна діяльність (А. Н. Лебедев-Любимов).

Системний аналіз наведених доктринальних позицій дає змогу визначити їх основні і загальні риси, що на пряму свідчить про тісний територіальний, суб'єктний, об'єктний, предметний, онтологічний, гносеологічний, аксіологічний, праксеологічний зв'язок самопрезентації людини (особистості) з локальним рівнем існування і функціонування соціуму, МСВ, ТГ, з ординарними умовами повсякденності, а саме:

- по-перше, самопрезентація на пряму є пов'язаною з соціумом, бо саме соціум виступає природним середовищем її можливого існування і реалізації (загально-соціальна ознака. – Авт.);
- по-друге, вона існує на міжособистісному рівні у безпосередніх відносинах між людьми (міжособистісна ознака. – Авт.);
- по-третє, вона існує, функціонує та реалізується на локальному рівні соціуму (локально-соціальна ознака. – Авт.);
- по-четверте, вона реалізується в межах ТГ, де такі відносини зароджуються, виникають і реалізуються між жителями-членами ТГ (суб'єктна ознака. – Авт.);
- по-п'яте, вона виникає на основі вільного волевиявлення людини (суб'єктивна ознака. – Авт.);
- по-шосте, вона виникає на основі екзистенційних чинників (вітально-об'єктивна ознака. – Авт.);
- по-сьоме, вона виникає з метою реалізації відповідного психологічного стану, що має телеологічні характерологічні ознаки (телеологічно-предметна ознака. – Авт.);
- по-восьме, вона презентує та формує індивідуальні особливості особистості в рамках ТГ (індивідуально-презентативна ознака. – Авт.);
- по-дев'яте, вона на пряму виступає засобом самооцінки особистості та формування її «Я» (індивідуально-оціночна ознака. – Авт.);
- по-десяте, є пов'язаною з комунікативною взаємодією людей, бо виступає її предикатом (комунікативна ознака. – Авт.);
- по-одинадцяте, в її основі завжди лежить усвідомлена мотивація людини на здійснення відповідної поведінки (мотиваційно-праксеологічна ознака. – Авт.);
- по-дванадцяте, вона зазвичай носить ординарний характер, бо здійснюється в умовах повсякденності (соціально-станова ознака. – Авт.);
- по-тринадцяте, вона скерована на встановлення соціального порядку в межах територіальної спільноти (телеологічно-якісна ознака. – Авт.);
- по-чотирнадцяте, вона носить екзистенційний характер, бо пов'язана з реалізацією життєво важливих настанов, інтенцій, устремлінь, потреб, інтересів, атитюдів самої людини (особистості) (екзистенційна ознака. – Авт.);
- по-п'ятнадцяте, вона демонструє психологічну полізначимість поведінкових настанов людини (особистості) в процесі свого здійснення (психо-багатозначна ознака. – Авт.).

Такий підхід до розуміння самопрезентації дає змогу проаналізувати її роль і значення в процесі діяльності людини в ТГ в залежності від відповідних науково-доктринальних підходів до розуміння цієї профільної феноменології, що сприяє фіксації та розкриттю різних особливостей особистості, в тому числі і в умовах МСВ.

Так, на думку І.П. Шкуратової та О.А. Пікульової фактично існують дев'ять таких підходів, що виокремлені в залежності від різних галузей гуманітарного знання, а саме:

1. Інтеракціоністський (соціологічний). Такий підхід є домінуючим, бо на слушну думку Е. Гоффмана, саме завдяки символічного інтеракціонізму виникла проблема самопрезентації особистості. Отже, в рамках цього підходу основний акцент робиться на аналізі поведінки учасників соціальної взаємодії та механізми впливу один на одного. Така взаємодія реалізується у повсякденному житті людини (особистості) кожен день, – місцем її реалізації виступає локальний соціум у вигляді ТГ та в умовах МСВ. Можна зазначити, що цей підхід виражає ординарні і повсякденні умови самопрезентації людини (особистості) в процесі здійснення нею свого життєвого циклу.

Ключові поняття: ситуація взаємодії, ролі, стратегії самопрезентації, засоби створення образу, механізми соціального впливу.

2. Комунікативний (психосеміотичний). Заснований на розгляді самопрезентації як процесу передачі і сприйняття інформації. Цей підхід ще можна інакше назвати психосеміотичним, оскільки в його рамках розглядається символістська сторона самопрезентації. Дійсно, на самому високому рівні узагальнення, там де повсякденне життя людини розуміється у вигляді комунікативних взаємодій, людина (особистість) виявляється задіяною у багатофакторному процесі обміну інформації, в якому вона виступає не тільки продуцентом, а і репродуцентом такої інформації, що є суттєвою і важливою для організації її життєвого циклу, який здійснюється в межах ТГ та в умовах МСВ.

Ключові поняття: знаки, символи, адресант, код, референт, адресат.

3. Соціо-перцептивний. Стосовно до вивчення самопрезентації цей підхід скерований також на вивчення механізмів побудови пропонованих образів і їх сприйняття аудиторією. Особливістю наведеного підходу виступає те, що людина, функціонуючи в межах ТГ і в умовах МСВ починає формувати і виконувати відповідні соціальні ролі – рольові позиції, що є обов'язковими для виникнення комунікативної взаємодії між членами локального соціуму (член родини, член трудового колективу, платник податків, член ТГ тощо). Виникнення таких рольових позицій є об'єктивним процесом і «запускаючим» елементом реалізації людиною (особистістю) своїх інтенцій, устремлень, потреб, інтересів, атитюдів, що у підсумку формуються в її права, свободи і обов'язки, що завдяки їх важливості, повсякденності і стереотипності трансформуються в конституційні права, свободи і обов'язки людини, що реалізуються на рівні МСВ. Отже, в процесі самопрезентації особистості виникає ціла галерея образів, які можна вивчати:

- по-перше, це система Я) образів, яка становить основу Я) концепції кожної людини (її тілесне, емоційно-анальне, соціальне та інші Я). Вони виступають як головні детермінанти при формуванні образу, що пред'являється (формування рольових позицій. – Авт.);
- по-друге, система дзеркальних Я, які представляють собою відрефлексовані суб'єктом самопрезентації очікування з боку аудиторії щодо його поведінки (самооцінка людиною (особистістю) своїх рольових позицій. – Авт.);
- по-третє, бажаний образ самопрезентації, який хотілося б пред'явити суб'єкту (процес формування відповідної рольової позиції застосовно до конкретної життєвої ситуації. – Авт.);
- по-четверте, пред'явлений образ, який засновується на всіх попередніх образах, але обумовлений можливостями і обставинами ситуації його пред'явлення (можна оцінювати як виникнення рольової позиції людини (особистості) відповідно до конкретної життєвої ситуації, що базується на попередньому виконанні аналогічних рольових позицій. – Авт.);
- і, нарешті, по-п'яте, той образ, який був сприйнятий аудиторією, виходячи з характеристик самої аудиторії (оцінка рольових позицій людини (особистості) з боку локального соціуму – членів ТГ. – Авт.).

Особливістю такого підходу є наступне: а) між усіма цими образами (рольовими позиціями) може бути різна ступінь відповідності; б) цей підхід виводить дослідника на проблему співвідношення між внутрішнім Я і його зовнішнім втіленням в міжособистісній взаємодії (оцінка самою людиною успіху/неуспіху реалізації конкретної рольової позиції. – Авт.); в) також тут маємо вихід на проблему кодування і декодування образів самопрезентації (мова йде про закріплення відповідної рольової позиції людини (особистості) з метою використання її в процесі появи відповідних екзистенційних умов для їх вирішення, або про відмову від використання такої рольової позиції взагалі. – Авт.).

Ключові поняття: Я) концепція, ідентичність, дзеркальні Я, соціальні очікування, публічне Я, приватне Я, щира і помилкова самопрезентація;

4. Культурологічний. Цей підхід націлений на виявлення та аналіз відмінностей між представниками різних культур і національностей в особливостях їх самопрезентації. Крім культурні дослідження цієї проблеми свідчать, що культура накладає істотні обмеження як на зміст образу, що пред'являється, так і на стратегії самопрезентації. Як не дивно, але такий підхід відіграє в сучасних умовах глобальних міграційних процесів найважливішу роль, що проявляється на локальному рівні соціуму, коли членами ТГ стають люди з різним правовим станом, тобто не тільки громадяни патримоніальної держави (патриди), але і іноземці (іноземні громадяни, апатриди), і біженці, що законно перебувають і постійно проживають на території такої держави. Саме тут виникає мультикультурність, що уживається з настановами національ-

ної/ національних культур або культурологічним дискурсом титульної нації. Проблематика мультикультурності, що раніше вирішувалась шляхом акультурації жителів-членів ТГ, на жаль в останні роки, завдяки негативним тенденціям релігійного характеру, дає суттєвий збій у своєму вирішенні.

Ключові поняття: культурні традиції самопрезентації, національний етикет, культурний шок, акультурація, типи культур;

5. Гендерний підхід. Він, насамперед, скерований на виявлення відмінностей в самопрезентації представників чоловічої і жіночої статей, а також у зв'язку з їх гендером (фемінінністю, маскуліністю, андрогінністю). Цей підхід, що виник у зв'язку з накопиченням великого масиву даних в психології, психолінгвістиці і соціології, свідчить про наявність суттєвих відмінностей у змісті і формі самопред'явлення чоловіків і жінок. Вважаємо, що сфера ТГ та умови МСВ, в яких реалізується життєвий цикл людей (особистостей) двох статей та людей з гендерною девіацією (з невизначеною статтю), є оптимальним соціальним простором для визначення та вирішення профільних відносин з метою зниження чи нівелювання їх конфліктогенного потенціалу. Звідси, самопрезентація людини (особистості) на рівні МСВ, саме у гендерному розумінні, є фактором виникнення гендерлекту – передбачуваного постійного набору ознак жіночої та чоловічої мови, правил мовної поведінки, стратегії та тактики мовної поведінки чоловіків і жінок у різноманітних комунікативних ситуаціях у контексті тієї чи іншої культури.

Ключові поняття: репрезентація статі, гендер, гендерлект, фемінінність, маскулініть;

6. Індивідуально-особистісний підхід своїм головним завданням ставить розгляд впливів особистісних особливостей суб'єкта самопрезентації на процес і результат управління враженням, створюваним про себе. В рамках даного напрямку також робляться спроби описати найбільш характерні особистісні типи, що відрізняються певним стійким стилем самопрезентації. Отже, вважаємо, що цей підхід є характерним для організації поведінки людини (особистості) в повсякденному житті в процесі реалізації, по-перше, її екзистенційних настанов існування і функціонування у відповідних рольових позиціях в процесі здійснення нею свого життєвого циклу; а, по-друге, одночасного існування і функціонування як жителя-члена ТГ; по-третє, органічного поєднання цих двох іпостасей на користь усвідомлення себе та своєї ролі: а) в своєму повсякденному житті; б) в рамках ТГ; в) серед оточуючих членів такої ТГ.

Цей підхід характеризується достатньою складністю і суперечливістю, бо самопрезентація тут здійснюється одночасно з аналізом і самооцінкою людиною своєї поведінки і, крім того, виражається в оцінці всього процесу самопрезентації і результату управління враженням, створюваним про себе. Разом з тим, такий багатофакторний підхід є вельми продуктивним з позицій можливості трансформації і моделювання своєї поведінки для покращення, з одного боку, якості самопрезентації людини в ТГ, а з іншого – визначення її індивідуальних особливостей.

Ключові поняття: самомоніторинг, демонстративна поведінка, індивідуальний стиль самопрезентації, епатажна особистість;

7. Прикладний підхід до самопрезентації володіє високим зовнішнім потенціалом, бо він складається у вивченні практик цільового створення образів самопрезентації в діловій сфері. Перш за все, він пов'язаний з таким напрямком, як іміджологія, – тому цей підхід є практичним втіленням теоретичних досягнень розглянутих раніше підходів, що проявляються в ньому у кумулятивному вигляді. Він, з одного боку, активно розвивається в зарубіжній і вітчизняній психології, оскільки затребуваний в діловій та політичній сферах, а з іншого боку – є актуальним і для сфери МСВ, де в межах ТГ людина (особистість) здійснює свої трудові функції у відповідній професійній формі, а з іншого, може приймати активну участь в локальних і загальнодержавних політичних процесах, де праксеологічні наробки самопрезентації відіграють важливу роль і мають велике значення.

Ключові поняття: імідж, стратегії, тактики і техніки самопрезентації, засоби самопрезентації, ефективність самопрезентації;

8. Соціально-філософський підхід скерований на аналіз саморефлексії суб'єкта спілкування, осмислення соціальної реальності, інтерпретацію вражень. Він досить активно розвивається в рамках постмодерністської філософії. На думку одного з її яскравих представників, В. Дільтея, «По суті справи мені дано лише враження. Немає особистості (Selbst), відірваної від них, і окремого від них джерела вражень. Я лише конструюю джерело вражень».

Вважаємо, що в процесі функціонування людини (особистості) в межах ТГ в рамках МСВ, вона не тільки осмислює соціальну реальність, що розгортається навколо неї, але і сама виступає активним суб'єктом створення такої реальності в локальній спільноті, при цьому, виступаючи активним інтерпретатором вражень від соціальної реальності та своєї поведінки, що реалізується в її умовах, людина (особистість), як член локального соціуму володіє здатністю модифікувати свою поведінку у відповідності до потреб такого соціуму і на засадах побудови ефективної комунікативної взаємодії з іншими членами такого локального соціуму.

Ключові поняття: саморефлексія в умовах соціальної реальності, враження, особистість і поведінка у суспільстві (спільноті);

9. Психолінгвістичний підхід є дещо своєрідним, бо націлений, насамперед, на виявлення та аналіз відмінностей у вербальній поведінці суб'єкта самопрезентації, змістовних характеристик мови. І хоча він

суттєво не впливає на сам феномен самопрезентації людини (особистості), але надає йому індивідуально-, групового і колективного ідентифікаційного характеру за рахунок характерних особливостей мови, яку використовує територіальна спільнота. В межах МСВ це відображає історичні, географічні, культурологічні, етнічні, національні та інші особливості виникнення, існування і розвитку територіальної спільноти.

Ключові поняття: інтенція, дискурс, вербальні і невербальні тактики самопрезентації.

Висновки. Резюмуючи викладене вище, можна дійти наступних висновків:

- феноменологія самопрезентації людини (особистості) відіграє основоположне значення в процесі її входження, присутності та функціонування в межах територіальної громади;
- самопрезентація людини (особистості) в територіальній спільноті, як акт її входження до ТГ виступає як складний соціально-психологічний феномен, що характеризується інтерактивним (взаємопов'язаним. – Авт.), інтерсуб'єктивним (той, що веде до виникнення спільноти. – Авт.) і інтегративним (той, що об'єднує, системний, комплексний. – Авт.) характером;
- огляд і дослідження сучасних теоретичних підходів до розуміння самопрезентації людини (особистості) в ТГ є найважливішим кроком для усвідомлення: а) її психологічного настрою (психологічно-поведінковий критерій. – Авт.); б) виникнення чинників нормування, що лежать в основі її соціалізації (поведінково-нормуючий критерій. – Авт.); в) тенденцій нормативізації, що виступають основоположними елементами у подальшому нормативно-правовому регламентації і регулюванні її поведінкових настанов (критерій нормативізації /преднормативний/. – Авт.); г) її комунікативного потенціалу, що лежить в основі визначення самопрезентації людини (особистості) як невід'ємного атрибуту будь-якої соціальної взаємодії (комунікативний критерій. – Авт.);
- системний аналіз наведених доктринальних позицій а також підходів до розуміння самопрезентації людини (особистості) дає змогу визначити їх основні і загальні риси, що напряду свідчить про тісний територіальний, суб'єктивний, об'єктивний, предметний, онтологічний, гносеологічний, аксіологічний, праксеологічний зв'язок такої самопрезентації з локальним рівнем існування і функціонування соціуму, МСВ, ТГ, з ординарними умовами повсякденності.

Анотація.

У статті досліджується феноменологія самопрезентації людини (особистості), що відіграє основоположне значення в процесі її входження, присутності та функціонування в межах територіальної громади.

Доведено, що самопрезентація людини (особистості) в територіальній спільноті, як акт її входження до громади виступає як складний соціально-психологічний феномен, що характеризується інтерактивним, інтерсуб'єктивним і інтегративним характером.

Огляд і дослідження сучасних теоретичних підходів до розуміння самопрезентації людини (особистості) в ТГ є найважливішим кроком для усвідомлення: а) її психологічного настрою (психологічно-поведінковий критерій); б) виникнення чинників нормування, що лежать в основі її соціалізації (поведінково-нормуючий критерій); в) тенденцій нормативізації, що виступають основоположними елементами у подальшому нормативно-правовому регламентації і регулюванні її поведінкових настанов (критерій нормативізації /преднормативний/); г) її комунікативного потенціалу, що лежить в основі визначення самопрезентації людини (особистості) як невід'ємного атрибуту будь-якої соціальної взаємодії (комунікативний критерій).

Annotation.

The article examines the phenomenology of human (personality) self-presentation, which plays a fundamental role in the process of its entry, presence and functioning within the territorial community.

It is proved that the self-presentation of a person (personality) in the territorial community, as an act of its entry into the community acts as a complex socio-psychological phenomenon, characterized by interactive, intersubjective and integrative nature.

Review and study of modern theoretical approaches to understanding the self-presentation of a person (personality) in TG is the most important step to understand: a) his psychological mood (psychological and behavioral criteria); b) the emergence of rationing factors that underlie its socialization (behavioral rationing criterion); c) trends in standardization, which are fundamental elements in the further regulatory and legal regulation and regulation of its behavioral guidelines (criterion of standardization / pre-normative/); d) its communicative potential, which underlies the definition of self-presentation of man (personality) as an integral attribute of any social interaction (communicative criterion).

References:

1. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Пикулёва О.А. Психологическая многозначность понятия «самопрезентация личности» и современные научные подходы к пониманию его содержания // Социальная психология и общество. 2013. Т. 4. № 2. С. 21-37.



3. Baumeister R.F., Hutton D.G. (1987) Self-Presentation Theory: Self-Construction and Audience Pleasing. In: Mullen B., Goethals G.R. (eds) Theories of Group Behavior. Springer Series in Social Psychology. Springer, New York, NY [Электронный документ]. – Режим доступа: https://doi.org/10.1007/978-1-4612-4634-3_4

4. Self-Presentation // Encyclopedia.com [Электронный документ]. – Режим доступа: <https://www.encyclopedia.com/social-sciences/applied-and-social-sciences-magazines/self-presentation>

5. Самопрезентация // Википедия. Свободная энциклопедия [Электронный документ]. – Режим доступа: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B0%D0%BC%D0%BE%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B7%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B0%D1%86%D0%B8%D1%8F>

6. Шкуратова И.П. Самопредъявление личности в общении. – Ростов н/Д, 2009. 192 с.

7. Goffman E. The presentation of self in everyday life. N. Y., 1959. 251 p.

8. Гендерлект // Словник гендерних термінів /З. В. Шевченко (Уклад.). – Черкаси: видавець Чабаненко Ю., 2016 [Электронный документ]. – Режим доступа: <http://a-z-gender.net/ua/genderlekt.html>

9. Дильтей В. Сущность философии. – М.: Интрада, 2001. 160 с.

Boyarsky Alexander,

Doctor of Law,

Judge of the City Court of Belgorod-Dniester, Odessa region,

doctoral student of the Institute of Legislation

of the Verkhovna Rada of Ukraine

ORCID 0000-0001-9107-4897

Constitutional complaint in the exercise of the right to protection in court: foreign experience and Ukraine

Конституційна скарга в реалізації права на захист у суді: зарубіжний досвід та Україна

Brezina Tatiana

Keywords:

Constitutional protection of rights and freedoms, constitutional complaint, constitutional control.

Ключові слова:

Конституційний захист прав та свобод, конституційна скарга, конституційний контроль.

Актуальність теми дослідження. Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом. Важливе місце в системі конституційного правосуддя займає інститут індивідуальної конституційної скарги, який відкриває людині і громадянину прямий доступ до органу конституційного контролю. Зміст інституту конституційної скарги зводиться до права громадян звертатися до органів конституційного контролю з вимогою про перевірку конституційності владних актів, якими порушуються їхні права і свободи.

Викладення основного матеріалу. Відмінною ознакою конституційних судів європейської моделі є дія erga omnes їх рішень. Дія erga omnes означає, що ці рішення є обов'язковими для кожного, на відміну від рішень, дія яких поширюється тільки на сторони конкретної справи (inter partes). Тоді як рішення щодо заяв на індивідуальний акт зазвичай мають дію inter partes, сфера дії рішень у справах про оскарження нормативного акту може бути різною і, як правило, залежить від вибору законодавця. Крім того, вид дії рішень різниться залежно від визнання положення Конституційним Судом конституційним або неконституційним. Питання щодо сфери дії рішення Конституційного Суду безпосередньо впливає на роль і ефективність конституційних скарг. Зазвичай рішення в результаті розгляду повної конституційної скарги, в якій оскаржується індивідуальний акт, поширюється тільки на справу, в зв'язку з якою було розпочато судові провадження. Рішення є обов'язковим тільки для заявника і судового чи адміністративного органу, акт якого оскаржується, і, можливо, для державних органів, що мають відношення до конкретних питань, також в подальшому, поки конкретні обставини справи не змінилися¹.

Конституційна скарга у Німеччині існує не тільки на федеральному рівні, коли розгляд скарги відбувається у Федеральному конституційному суді, а і на деяких федеральних землях, коли провадження за скаргою здійснюється у земельних конституційних судах. Однак провадження за конституційною скаргою у Федеральному конституційному суді вважають значно важливішим. Вперше цей інститут був запроваджений у Боварії республіканською Конституцією 1926 року. На відміну від сучасної конституційної скарги, у такий скаргі можна було порушувати питання невідповідності Конституції адміністративного акта, а не закону. На федеральній землі Гессен відповідний засіб правового захисту було запроваджено Конституцією 1946 року. Спочатку конституційну скаргу введено в дію через ухвалення Закону про Федеральний конституційний суд 1951 року. І тільки у 1969 році положення про конституційну скаргу було включено до Основного закону, що означало неможливість скасування права на звернення із такою скаргою за допомоги внесення змін у формальний закон².

Суб'єктом звернення може бути як громадянин Німеччини, так і будь-яка інша особа, яка дійшла висновку, що законодавчим актом, рішенням адміністрації або судовим рішенням порушено її основне право, що прирівнюється до основного (ст. 20, абз.4 ст.33, статті 38, 101, 103 та 104, ст.93 абз.1 п.4 Основного закону; §90 Закону про федеральний конституційний Суд³.

¹ Звіт з моніторингу щодо розгляду конституційних скарг. Підготовлено за підтримки програми USAID «Нове правосуддя». С.18.

² Пуделька Й. Конституційна скарга (німецька і французька моделі). Вісник Національної академії правових наук України. № 4 (91). С. 172.

³ Там само.

З конституційною скаргою можуть звертатися й юридичні особи у випадку, якщо їхні права, які були порушені, належать до основних і гарантуються Основним законом держави. В обґрунтуванні скарги має бути зазначено право, порушення якого підлягає оскарженню, а також вказано дії або (бездіяльність) органів чи установ, які призвели до того, що позивач вважає порушенням свого прав (стаття 92 Федерального закону «Про Федеральний Конституційний Суд»). Предметом оскарження можуть бути закони та інші акти парламенту, адміністративні акти, а також рішення судової влади, тобто будь-які акти, дії чи бездіяльність органів державної влади та управління. За суттю (змістом) та предметом оскарження конституційна скарга у ФРН – це так звана «повна конституційна скарга» на відміну від «нормативної конституційної скарги». За загальним правилом, відповідно до чинного законодавства ФРН (Конституції та Закону «Про Федеральний Конституційний Суд») конституційна скарга може бути прийнята до розгляду лише після використання особою всіх можливих засобів захисту свого права, і така вимога видається обґрунтованою і доречною. Водночас Федеральний Конституційний Суд може відразу прийняти рішення щодо провадження у справі за конституційною скаргою у випадку, якщо скаржником, хоч і не були використані всі можливі національні засоби судового захисту, однак він обґрунтовує, що нанесена йому шкода має, образно кажучи, «всезагальне значення» і що подальше затягування справи (проходження всіх інстанцій) спричинить «важкі і невинуваті наслідки» для скаржника. Рішення Федерального Конституційного Суду, прийняте щодо конституційної скарги, скасовує дію неконституційного рішення чи нормативного акта стосовно всіх осіб, яких воно могло стосуватися, тобто має так званий ефект «erga omnes», на відміну від ефекту «inter partes», який поширюється тільки на сторони у конкретній справі⁴.

Як свідчить статистика, конституційна скарга у Німеччині дуже популярна. Так, тільки у 2016 році до Федерального конституційного суду надійшло 5754 скарг. Однак у зв'язку із тим, що частка задоволених вимог складає лише 2%, конституційна скарга має значно менші шанси порівняно із іншими видами правового захисту. Значна кількість скарг не приймається внаслідок недотримання заявником вимог, обов'язкових для допуску до розгляду. Строк розгляду скарг у більшості випадків складає не більше одного року. Під час розгляду конституційної скарги суд перевіряє, чи не порушені будь-які права заявника (навіть ті, про які він не згадує), але це мають бути лише конституційні права. У випадку, якщо скаргу задовільняють, то у рішенні має бути відзначено, яке з положень Основного закону було порушено та яка дія чи бездіяльність призвела до цього. Вказівка у резолютивній частині на правові наслідки: 1) якщо конституційна скарга на судові рішення задовільняється, то Федеральний конституційний суд скасовує таке рішення та повертає справу у компетентний суд для повторного розгляду; 2) якщо Федеральний конституційний суд встановлює неконституційність закону, то рішення сенату отримує силу закону. У таких випадках конституційний суд має різні можливості врегулювання правових наслідків у резолютивній частині свого рішення. Так, закон може бути проголошений як нікчемний, що тягне його недійсність. Крім того, суд може визнати не дійсність норми, а просто її невідповідність Основному закону⁵.

У Республіці Польщі конституційна скарга була введена у політико-правову систему Конституцією 1997 року. Зокрема, у статті 79 розділу II «Свободи, права і обов'язки людини і громадянина» підрозділу V «Засоби охорони свобод і прав» Основного Закону держави, зазначається, що кожен (як суб'єкт конституційних прав і свобод), чий конституційні свободи чи права були порушені, має право у порядку, визначеному в законі, подати скаргу до Конституційного Трибуналу щодо відповідності Конституції закону чи іншого нормативного акта, на підставі якого суд чи орган публічного управління (влади) прийняв остаточне рішення про права чи свободи, або обов'язки, зазначені в Конституції (§1). Проте положення §1 не стосується прав, зазначених у статті 56 Основного Закону, особливо щодо іноземців, які претендують отримати притулок в Республіці Польщі на умовах, визначених у законі, та іноземців, які шукають захисту від переслідування та можуть отримати статус біженця згідно з ратифікованими державою міжнародними договорами (§2). Таке конституційне обмеження, зазначеної категорії осіб, обґрунтовується тим, що надання права притулку чи статусу біженця є передусім дискреційним правом держави (її органів). Безпосередній правовий механізм функціонування касаційної скарги в Республіці Польщі спочатку був закріплений у Законі «Про Конституційний Трибунал» від 1 серпня 1997 року, потім у Законі від 1 серпня 2016 року. Зараз такий механізм передбачений (окрім Конституції) у Законі «Про організацію і процедуру провадження в Конституційному Трибуналі» (від 30 листопада 2016 року), який є (за суттю і змістом) Регламентом Трибуналу⁶.

Щодо суб'єктів звернення до Конституційного Трибуналу, то окрім фізичних осіб (громадяни, іноземці, особи без громадянства) із конституційною скаргою мають право звертатися й юридичні особи (політичні партії, профспілки тощо) у випадку, якщо вони мають окремі конституційні права, тобто є суб'єктами

⁴ Кіселичник В. Інститут конституційної скарги в Україні: європейський досвід та українські реалії. Вісник Конституційного Суду України. №6. 2017. С. 34.

⁵ Пуделька Й. Конституційна скарга (німецька і французька моделі). Вісник Національної академії правових наук України. №4 (91). С. 175

⁶ Кіселичник В. Інститут конституційної скарги в Україні: європейський досвід та українські реалії. Вісник Конституційного Суду України. №6. 2017. С. 33-34.

конституційних прав. Як зазначено вище, підставою для подання конституційної скарги до Конституційного Трибуналу є порушення саме конституційних прав і свобод (тобто закріплених на рівні Основного Закону) і, відповідно, порушення прав і свобод, гарантованих законами, не є такою підставою. Предметом конституційної скарги можуть бути як закони, так й інші нормативні акти органів публічного управління (влади), зокрема й органів місцевої виконавчої влади та органів самоврядування, однак за умови, що такі нормативні акти є загальнообов'язковими (містять норми, що поширюються на невизначене коло осіб). Водночас варто уточнити, що предметом конституційної скарги не може бути рішення (ухвала) про застосування (тлумачення) правових норм судами загальної юрисдикції. Скаржник може оскаржити лише закон чи інший нормативний акт, який став основою для обґрунтування такого судового рішення¹.

Такий підхід є виправданим, на думку М. Гультая, призначенням Конституційного Трибуналу, який покликаний бути «судом права», дистанційованим від процесів правозастосування та здійснення правосуддя у конкретних справах².

Рішення (постанова) Конституційного Трибуналу за конституційною скаргою відповідно до частини четвертої статті 190 Конституції Польщі та пункту 2 статті 108 Закону «Про організацію і процедуру провадження в Конституційному Трибуналі» у випадку невідповідності закону чи нормативного акта Конституції передбачає втрату останнім загальнообов'язкової сили. Скаржник отримує право на відновлення судового провадження³.

Конституційний контроль у Франції здійснюється двома органами – Конституційною радою та Державною радою. Конституційна рада вирішує питання конституційності актів парламенту, а Державна рада розглядає питання конституційності актів органів виконавчої влади. До конституційної реформи 2008 року у Франції існував лише попередній конституційний контроль та, відповідно, був відсутній наступний конституційний контроль. Це означало, що перевірки на відповідність Конституції підлягали лише проекти нормативно-правових актів. Отже, після набуття нормативно-правовими актами чинності останній не міг бути підданий конституційному контролю. Зокрема, Конституційна рада Франції могла лише здійснити попередній контроль на відповідність Конституції законопроектів (ст. 61 Конституції Франції), а Державна рада здійснювала попередній контроль щодо проектів актів уряду, які видаються в порядку делегованої законотворчості (ст. 37, 38 Конституції Франції), а також законопроектів, ініціатором яких виступав уряд (ст. 39 Конституції Франції)⁴.

Після внесення змін у Конституцію Франції 23 липня 2008 року (так зване «першочергове питання про конституційність») інститут конституційної скарги набуває значення. І з 1 березня 2010 року у Франції існує розширена можливість звернення до Конституційної ради. У цей день набула чинності ст. 61, яка передбачала право для кожної сторони судового процесу звернутися до Конституційної ради, якщо вона (сторона) вважає, що законодавча норма, вживана у ході судового процесу, порушує її основні права, гарантовані Конституцією. Єдиним «фільтром» між конкретним громадянином та Конституційною радою виступають тепер Державна рада (вищий адміністративний суд) або Касаційний суд, які мають прийняти рішення, чи дійсно є очевидний конфлікт із Основним Законом. Оскарженню підлягають норми, які, на думку заявника, порушують гарантовані Конституцією права та свободи. Останні передбачають, що усі права і свободи гарантовані Конституцією 1958 року та всіма іншими джерелами, на які вказує преамбула Основного закону. Звернення до Конституційної ради здійснює суддя: «першочергове питання про конституційність» може виникнути в будь-якому судовому процесі – у суді адміністративної чи загальної юрисдикції. Питання може виникнути у суді першої інстанції, в апеляційному суді чи у суді ревізійному (касаційному суді). Фактично позивач не може напряду звернутися до Конституційної ради зі своєю вимогою, і, відповідно, питання має бути порушено у судовому процесі. Суд, що вирішує справу здійснює першу перевірку: чи є прийнятними питання та чи виконані інші передумови, встановлені у Додатковому конституційному законі до статті 61. Після з'ясування передумов суд спрямовує «першочергове питання про конституційність» до Державної ради чи до Касаційного суду, які після своєї перевірки ухвалюють рішення про звернення до Конституційної ради⁵.

У процесі розвитку конституційного судочинства України не раз виникали дискусії щодо запровадження інституту конституційної скарги як одного з найефективніших юридичних засобів захисту фундаментальних прав і свобод особи, втілення конституційних цінностей у національному правопорядку. Захист прав і свобод людини і громадянина є конституційно-правовим і міжнародно-правовим обов'язком сучасної держави. Так, відповідно до положень ст. 3, 55 Конституції України права і свободи людини та їх

¹ Там само.

² Гультай М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя/ М.Гультай.Х.:Право, 2013. С.104.

³ Кіселичник В. Інститут конституційної скарги в Україні: європейський досвід та українські реалії. Вісник Конституційного Суду України. №6. 2017. С. 34.

⁴ Ломакін М. Французька модель конституційного контролю. Підприємництво, господарство і право. С.152

⁵ Пуделька Й. Конституційна скарга (німецька і французька моделі). Вісник Національної академії правових наук України. № 4 (91). С. 176.

гарантії визнають зміст і спрямованість діяльності держави. Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом⁶. Важливе місце в системі конституційного правосуддя займає інститут індивідуальної конституційної скарги. Наша держава, підтримуючи демократичні процеси європейської спільноти, також долучилась до впровадження механізму конституційного контролю. Із прийняттям Верховною Радою України нового Закону України «Про Конституційний Суд України», який набрав чинності 03.08.2017 року, впроваджено інститут конституційної скарги як додатковий механізм захисту прав і свобод громадян України, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб після вичерпання всіх національних засобів правового захисту.

Як зауважує М. Гультай, авторитет згаданого інституту постійно зростає, оскільки конституційна скарга розширює правові можливості в захисті прав і свобод. Цей механізм надає змогу особі порушити питання щодо скасування законів, які порушують її права та свободи⁷. Проте, на думку П. Добродумова, держава, в якій діє повноцінний інститут конституційної скарги, має особливі переваги у питаннях гарантування верховенства права, оскільки розгляд подібних скарг дозволяє контролювати на практиці всі аспекти гарантування, забезпечення і захисту прав людини. І саме таким способом забезпечується і гарантується пряма дія конституційних прав⁸.

В Україні законодавцем обрано нормативну конституційну скаргу. Суддя Конституційного Суду О. Тупицький звертає увагу на те, що Конституційний Суд України під час здійснення конституційного провадження у порядку конкретного нормоконтролю має визначити зміст оспорюваного положення. З цією метою Конституційний Суд України може послуговуватися тлумаченням судів загальної юрисдикції або запропонувати власне. Наприклад, органи нормоконтролю Австрії, Бельгії, Іспанії, Німеччини використовують інтерпретацію загальних судів, за винятком випадків, коли конституції відповідає інше тлумачення. Конституційний Суд України, розглядаючи справу за конституційною скаргою, може визнати закон України (його положення) таким, що відповідає Конституції України, але водночас виявити, що загальний суд застосував такий закон, витлумачивши його у спосіб, що не відповідає Конституції України; у такому разі Конституційний Суд України має вказувати на цю невідповідність у резолютивній частині свого рішення (частина третя статті 89 Закону). Отже, Конституційний Суд України, вирішуючи справи за конституційними скаргами, оцінює не лише самі скарги, а й тлумачення законів, яке подали загальні суди, фактично стаючи наглядовою інстанцією, що здійснює конституційний контроль за рішеннями судів загальної юрисдикції, який за своїм характером є екстракасаційним⁹.

Позитивним є запровадження механізму забезпечення конституційної скарги, виконання рішень та висновків Суду. Так, ст. 78, 97 Закону України «Про Конституційний Суд України» визначено, що при розгляді конституційної скарги Велика палата, у виняткових випадках, з власної ініціативи може вжити заходів щодо забезпечення конституційної скарги, видавши забезпечувальний наказ. Суд у рішенні, висновку може зобов'язати відповідні державні органи забезпечити контроль за його виконанням, вимагати від відповідних органів письмового підтвердження виконання рішення¹⁰.

Положеннями процесуальних кодексів передбачено, що судові рішення, яким закінчено розгляд справи і яке набрало законної сили, може бути переглянуте за винятковими обставинами у разі встановлення / визначення / визнання Конституційним Судом України неконституційності (конституційності) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом загальної юрисдикції. Проте три з цих чотирьох процесуальних кодексів містять певне застереження щодо такого перегляду – «якщо рішення суду ще не виконане». Зазначений підхід є не зовсім послідовним, оскільки в тих самих кодексах припис про перегляд судового рішення у разі встановлення Європейським судом з прав людини порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом такого застереження не містить. Крім того, судові рішення у кримінальному провадженні у разі визнання Конституційним Судом України неконституційності застосованої норми також переглядаються без жодних застережень, незважаючи на те, що такими рішеннями водночас вирішуються й цивільні позови потерпілих (статті 127–129, пункт 2 частини третьої статті 459 Кримінального процесуального кодексу України). Просте декларативне рішення щодо неконституційності не є достатнім засобом правового захисту, і скарга повинна бути «ефективною» як з правової, так і з практичної точок зору. Якщо порушення конвенцій-

⁶ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254...>

⁷ Гультай М. Функціональні характеристики інституту конституційної скарги та модель його впровадження в Україні / М. Гультай. Вісник Конституційного Суду України. 2011. № 4–5. С. 185–193.

⁸ Добродумов П. А. Индивидуальная конституционная жалоба в механизме защиты прав человека / П. А. Добродумов. Роль гражданского общества, социального и правового государства в защите и реализации прав человека : материалы Второй межвузовской научно-практической конференции / Белорусский институт правоведения. – Гродно, 2012. С. 6–8.

⁹ Тупицький О. Інститут конституційної скарги: мета, передумови виникнення, сучасний стан та перспективи. Судово юридична газета. 23.06.2020 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/en/node/19464>

¹⁰ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254...>

них прав, а також Конституції, стосується позитивного зобов'язання. Суд повинен мати можливість дати вказівку державним органам вжити дій, які вони не зробили у даній справі. У такому разі неможливість перегляду судового рішення оцінюється багатьма відомими правниками, як відмова у правосудді, яка нівелює сутність права на судовий захист, не відповідає конституційним гарантіям права власності, тобто вимогам частин першої, четвертої статті 41, частин першої, другої статті 55 Конституції України¹.

Висновки. Інститут права на конституційну скаргу має всі підстави стати самостійним, цілісним явищем у застосуванні конституційної юрисдикції. Запроваджена нормативна конституційна скарга дасть змогу перетворити конституційну судову практику за конституційними скаргами громадян, юридичних осіб на потужний інструмент розвитку права на засадах справедливості. Процесуальне законодавство, окрім кримінального, передбачає перегляд судового рішення (судових рішень) у зв'язку з винятковими обставинами, якщо встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане. Декларативне рішення щодо неконституційності не є достатнім засобом правового захисту, і скарга повинна бути «ефективною». У такому разі неможливість перегляду судового рішення у випадку, якщо рішення суду вже виконано не створює умов для відновлення захисту порушеного права.

Анотація.

У науковому дослідженні наведено тенденції застосування конституційної скарги у європейських державах. Також проаналізовано використання нормативної та повної конституційної скарги у діяльності Конституційного органу. Зазначено про інститут конституційної скарги в процесі захисту прав та свобод людини, громадянина в Україні, і визначено недоліки правового регулювання.

Summary.

The research shows the trends in the use of constitutional complaints in European countries. The use of normative and complete constitutional complaint in the activity of the Constitutional body is also analyzed. Institute of Constitutional Complaint in Ukraine in the process of protection of human and civil rights and freedoms, identified shortcomings of legal regulation.

References:

1. Гультай М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя / М.Гультаяй. Х.: Право, 2013. С.104.
2. Гультай М. Функціональні характеристики інституту конституційної скарги та модель його впровадження в Україні / М. Гультай. Вісник Конституційного Суду України. 2011. № 4–5. С. 185-193.
3. Добродумов П. А. Индивидуальная конституционная жалоба в механизме защиты прав человека / П. А. Добродумов. Роль гражданского общества, социального и правового государства в защите и реализации прав человека : материалы Второй межвузовской научно-практической конференции / Белорусский институт правоведения. – Гродно, 2012. С. 6-8.
4. Звіт з моніторингу щодо розгляду конституційних скарг. Підготовлено за підтримки програми USAID «Нове правосуддя». С.18.
5. Кіселичник В. Інститут конституційної скарги в Україні: європейський досвід та українські реалії. Вісник Конституційного Суду України. №6. 2017. С. 33- 34.
6. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254>
7. Ломакін М. Французька модель конституційного контролю. Підприємництво, господарство і право. С.152
8. Пуделька Й. Конституційна скарга (німецька і французька моделі). Вісник Національної академії правових наук України. № 4 (91). С. 172-176.
9. Тупицький О. Інститут конституційної скарги: мета, передумови виникнення, сучасний стан та перспективи. Судово юридична газета. 23.06.2020 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/en/node/19464>

Brezina Tatiana,

Graduate Student Of The Department Of Constitutional Law And Comparative Law Uzhhorod National University, Judge Of The Chernivtsi District Administrative Court

¹ Тупицький О. Інститут конституційної скарги: мета, передумови виникнення, сучасний стан та перспективи. Судово юридична газета. 23.06.2020 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/en/node/19464>

Intellectual property law and antitrust law in the Czech republic and Ukraine: a comparative legal analysis

Право інтелектуальної власності та антимонопольне законодавство у Чеській Республіці та Україні: порівняльно-правовий аналіз

Budka Ruslan

Keywords:

intellectual property law, antitrust law, license agreements, franchise, dominant position, competition.

Ключові слова:

право інтелектуальної власності, антимонопольне законодавство, ліцензійні договори, франшиза, домінуюче положення, конкуренція.

Актуальність теми. В Україні немає на сьогодні порівняльно-правових досліджень щодо засад застосування договірної та антимонопольної права у сфері права інтелектуальної власності. Тому у цій роботі буде дано характеристику правового регулювання договірної реалізації права інтелектуальної власності та пов'язані з ним питання антимонопольного та конкурентного законодавства у Чеській Республіці та Україні. Вказана проблематика буде розглянута в контексті свободи договору, економічного аналізу права та засад вільної добросовісної конкуренції, окремих аспектів ситуацій домінуючого та монопольного положення на ринку.

Стан дослідження. Порівняльний аналіз зазначених правничих проблем у правопорядках Чехії та України є малодосліджений. У статті будуть використані праці таких українських (О. Бакалінської, Н. Корчак, Р. Шокина, І. Якубівського) і чеських вчених (З. Гайни, І. Кіндл, Й. Мункова, К. Неєзхлеб, М. Петра, Н. Розегналова, П. Свободи)

Мета статті. З метою розкриття договірної порядку забезпечення цивільно-правової охорони права інтелектуальної власності слід коротко зупинитися на тому, як в чеській та європейській юридичній думці трактуються засади рівності та еквівалентності. Це слід розглянути з точки зору співвідношення фактичної та формальної юридичної рівності, а також правил антимонопольного і конкурентного законодавства, яке регулює питання домінуючого та монопольного положення на ринку і як ці чинники впливають на охорону права інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Вихідним пунктом антимонопольного законодавства є економічний аналіз ринку та конкуренції на ньому. Незважаючи на множинність поглядів, що переважають у цій галузі, нинішня економіка приходить до висновку, що ринки, на яких присутня конкуренція, є більш ефективними та продуктивними в довгостроковій перспективі, ніж монополістичні ринки, тобто ринки, де бракує плюралізм. Конкурентний ринок підтримує розподіл та виробничу ефективність, веде до зниження цін і, таким чином, приносить користь споживачам, підтримує конкурентоспроможність компаній у галузі інновацій², сприяє підвищенню якості та диференціації випуску продукції, забезпечуючи найбільш економічно стабільний ринок³.

Основним джерелом законодавства про конкуренцію ЄС сьогодні є Договір про функціонування ЄС (далі – ДФЄС). У статті 3 (1) (a) b) ДФЄС визначено, що ЄС має виключну компетенцію встановлювати правила конкуренції, необхідні для функціонування внутрішнього ринку, і додатково докладно розробляє правила конкуренції у статтях 101-109. Статті 101 та 102 ДФЄС є сутнісним ядром конкурентного права⁴, які мають значення для законодавства у сфері інтелектуальної власності.

У Чехії антимонопольне законодавство почалося розроблятися ще під час Першої Чехословацької республіки. Чеський закон про конкуренцію був ґрунтовно змінений у 1933 р. з прийняттям Закону про картелі

² WHISH, Richard a David BAILEY. *Competition law*. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2012, s. 18, 19.

³ AREEDA, Phillip, Louis KAPLOW a Aaron S EDLIN. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, s. 29.

⁴ MUNKOVÁ, Jindřiška, Jiří KINDL a Pavel SVOBODA. *Soutěžní právo*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012, s. 56.

та приватні монополії¹, на що істотно вплинула австрійська правова спадщина. Спочатку законодавство про конкуренцію тимчасово регулювалось Господарським кодексом², але в березні 1991 р. набув чинності окремий Закон про захист конкуренції³. У 2001 р. було виданий Закон про охорону економічної конкуренції, який замінив попередній закон 1991 р. та поточне чеське законодавства про конкуренцію. Незважаючи на те, що законодавець надихався європейським законодавством про конкуренцію при розробці проекту закону 1991 року, лише чинний закон, у світлі прийнятих поправок, повністю сумісний із законодавством ЄС⁴.

Чеські науковці щодо співвідношення сфер права інтелектуальної власності та антимонопольного законодавства наголошують на наступних аспектах. Антимонопольне законодавство допомагає запобігти створенню або зловживанню монополіями, з іншого боку, законодавство про інтелектуальну власність, по суті, гарантує власникам нематеріального майна юридичну монополію на його використання. Тому на перший погляд, може здатися, що ці сфери законодавства повинні чітко суперечити тому факту, що законодавство про інтелектуальну власність гарантує те, що заборонено законодавством про конкуренцію. Однак конфлікт є лише поверховим. Якщо взяти до уваги цілі обох галузей законодавства, то вони є подібні. Сприяння інноваціям, дослідженням та людській творчості дозволить більш ефективно використовувати ресурси та знижувати ціни, що бажано з точки зору антимонопольного і конкурентного законодавства. На думку Й. Шумпетера, рівень інновацій прямо пропорційний ринковій владі, що змушує монополію інвестувати в інновації, тоді як на цілком конкурентних ринках інновації неможливі. Тобто інновації та дослідження є процесами настільки дорогими, що їх може фінансувати лише конкурент, який має можливість отримувати надзвичайний, тобто монопольний прибуток. Однак така гіпотеза Шумпетера не підтверджується емпіричними дослідженнями⁵.

При аналізові ситуацій домінуючого та монопольного положення на ринку, чеські науковці виходять із балансу інтересів учасників ринку. При цьому мається на увазі захист права споживачів як слабкішого учасника на ринку⁶. Тут йде мова про забезпечення гарантій доступу до суспільно значущої інформації та забезпечення балансу інтересів між творцями об'єкта права інтелектуальної власності та його володільцями, що має значення, наприклад, при службових винаходах. Виходячи із такої специфіки правової охорони права інтелектуальної власності дозвільна (ліберальна) політика конкуренції та відповідний закон про конкуренцію, як правило, декларують єдину мету, не завжди підтримку конкуренції та вільних ринків, а так званий загальний добробут, сформульований неоліберальними прихильниками так званої чиказької школи як добробут споживачів. Це на практиці означає наголос на економічній ефективності (особливо короткостроковій) у її розподільчій формі⁷.

Водночас, домінуюче ринкове або торгівельне положення суб'єкта господарювання в аспекті попиту на перший погляд виглядає вигідною з точки зору добробуту споживачів, оскільки більш сприятливі умови (особливо нижчі ціни), досягнуті завдяки кращій позиції (на ринку чи в конкретних договірних відносинах), можуть трансформуватися в зниження кінцевих споживчих цін⁸. Однак це також може бути невірно, і сильний контрагент може лише збільшити свою націнку. Це залежить, серед іншого, від інтенсивності конкуренції на ринку нижчого рівня (а не на ринку вищого рівня, на якому він отримав вигідну закупівельну ціну і на якому він має сильні позиції).

Домінуюче положення на ринку важливе не лише для визначення частки його на ринку, але й ряд інших взаємопов'язаних факторів⁹. Сильні споживачі, у нашому випадку роботодавці, в інтересах яких здійснюються службові винаходи, не просто повинні завдати шкоди споживачам – завищене співвідношення ціни та якості, яке продавці економічно змушені прийняти, врешті-решт може відобразитися на низьких кінцевих споживчих цінах. Однак це також може призвести до виходу з ринку тих учасників, які не можуть адаптуватися до ринку і що стали жертвами добросовісної конкуренції як процесу творчого руйнування, і що їх вихід з ринку є нормальним.

Однак оцінка повинна бути більш вичерпною; з одного боку, материнський ринок може бути небезпечно сконцентрований, а з іншого боку, ринок попиту може бути зосереджений, звідки підуть конкуренти

¹ Zákon č. 141/1933 Sb., o kartelech a soukromých monopolech.

² Zákon č. 103/1990 Sb., zákon, kterým se mění a doplňuje hospodářský zákoník.

³ Zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.

⁴ PETR, Michal. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2010, s. 19.

⁵ MUNKOVÁ, Jindřiška, Jiří KINDL a Pavel SVOBODA. *Soutěžní právo*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012, s. 11.

⁶ Kamil Nejezchleb, Zuzana Hajná, Josef Bejček. *Ekonomické metody v soutěžním právu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 104

⁷ KINGSBURY, A. Competition Law and Economic Inequality: Distributional Objectives in New Zealand Competition Law. *ECLR*. 2013, Issue 5, s. 250.

⁸ EUMHG - Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Horizontal Merger Guidelines), 2004, O.J. (C31), s. 11.

⁹ STUCKE, M. E. Looking at the Monopsony in the Mirror. *Emory Law Journal*. 2013, vol. 62, no. 6, s. 1533 a násl.

сильного на ринку споживача, який не буде нести тиск низьких оптових цін, які він накладає¹⁰. Зменшення конкуренції на будь-якому ринку може згубно вплинути на споживачів у довгостроковій перспективі і може зашкодити інноваціям на ринку впровадження нових технологій, заснованих на результатах творчої діяльності, що підлягають правовій охороні як об'єктів права інтелектуальної власності.

У випадку домінуючого положення на ринку є важливим виявити та дослідити економічну залежність одного контрагента від іншого. Чи міститься «визначення» економічної залежності в законі, чи (точніше) залишається доктрині, прецедентній практиці та принципу законних очікувань (подібно до понять «добросовісність» або «добросовісна конкуренція», «чесна торгівля» тощо), забезпечить основу та своєрідний «аванс» для публічного забезпечення справедливості в комерційних договорах, де приватноправовий захист не може бути реалістичним¹¹.

В українському праві розмежовують антимонопольне та конкурентне законодавство. Так О. Бакалінська зазначає, що метою антимонопольного законодавства є забезпечення існування конкуренції в цілому, протидія монополюючим тенденціям та контроль за структурою ринку. У той час як забезпечення якості конкуренції, формування добросовісної конкурентної практики, та лояльних, добрих (чесних) звичаїв у підприємстві та заборона недобросовісної конкуренції – мета конкурентного законодавства. На її думку, важливим моментом у цьому разі є те, що без належного регуляторного впливу антимонопольного законодавства забезпечити існування і розвиток добросовісної конкуренції неможливо¹². Також висловлюються думки, що остаточно розмежувати ці два інститути конкурентного законодавства в українському праві сьогодні не є можливим¹³. До форм недобросовісної конкуренції, пов'язаних із дискредитацією конкурента та досягнення внаслідок цього неправомірних переваг, Р. Щокін відносить: дискредитацію конкурента; купівлю-продаж товарів, виконання робіт, надання послуг із примусовим асортиментом; порівняльну рекламу; схилення до бойкоту господарюючого суб'єкта (підприємця); схилення господарюючого суб'єкта (підприємця) до розірвання договору з конкурентом; схилення постачання до дискримінації покупця (замовника); підкуп працівника постачальника; досягнення неправомірних переваг у конкуренції¹⁴.

Як приклад боротьби із проявом недобросовісної конкуренції можна навести справу № 6/519 за позовом ДП «Писарівський спиртзавод» до Антимонопольного комітету України про визнання недійсним рішення. Як встановлено господарським судом, цей спиртзавод за місцезнаходженням у якого с. Писарівка Кодимського району Одеської області випускав бренді «Графський Ужгородський». Продукція, що вироблялася спиртзаводом, не походила із Закарпаття, а використання позначення «Ужгородський» могло ввести споживачів в оману щодо походження та властивостей продукції. Це підтверджено висновком Українського інституту промислової власності Державного департаменту інтелектуальної власності, згідно з яким використовуване спиртзаводом позначення «Графський Ужгородський» не відповідає умовам правової охорони, оскільки вводить в оману щодо товару та його виробника, породжуючи у свідомості споживача асоціації, пов'язані з географічним місцем виготовлення товару та певним виробником – ОП «Ужгородський коньячний завод»¹⁵.

При вирішенні дилеми охорони конкуренції на ринку та охорони прав учасників ринку, зазвичай, коли негатив надмірної нерівності між сторонами перевищує її переваги, неможливо скасувати нерівність як фактичну (як часткову, так і випадкову) категорію, що лише призводить до зловживання нею. Тут невірним є підхід, що за таких умов забезпечується однакова переговорна позиція або навіть однакове положення на ринку¹⁶. Альтернативою тут є штучна «рівність», пов'язана з директивною плановою економікою, яка породжує лише дефіцит на ринку.

Таким чином, коли йде мова про договірні відносини складно говорити про фактичну рівність. Важливу роль відіграють переговори між партнерами, які можуть цілком легально використовувати конкуренцію як інструмент досягнення власних інтересів. Тому у рамках концепції домінуючого положення на ринку, слід говорити про забезпечення балансу інтересів між контрагентами, які посідають різне положення на ринку. Це лягає в основу договірного інструменту правової охорони права інтелектуальної власності.

¹⁰ Kamil NEJEZCHLEB, Zuzana HAJNÁ, Josef BEJČEK. *Ekonomické metody v soutěžním právu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s.106.

¹¹ Ibid, s. 108.

¹² Бакалінська О.О. Проблеми і перспективи розвитку конкурентного законодавства України. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 17.

¹³ КОРЧАК Н. М. Правові питання антимонопольного регулювання підприємницької діяльності. Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.04.. К.: Київський університет ім. Тараса Шевченка, 1996. 206 с. С. 12

¹⁴ Щокін Р.Г. Сутність недобросовісної конкуренції за господарським законодавством України. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2014. № 11. Т. 2. С. 18-21

¹⁵ Постанова Вищого господарського суду України від 06.07.2010 у справі 6/519/ URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10356589>

¹⁶ TREBILCOCK, M. *The limits of freedom of contract*. 1st. Harvard University Press pbk. ed. Cambridge, MA.; London: Harvard University Press, 1993, s. 148 a nás

Ліцензійні договори у праві промислової власності. Ліцензування – один із способів комерціалізації промислових прав. Ліцензійний договір передбачає право користування об'єктом промислової власності. Специфічною формою ліцензії є надання незахищених, але секретних виробничих та інших знань – ноу-хау. Одна ліцензійна угода може поєднувати різні типи ліцензованих об'єктів. У чеському праві виділяють ліцензійні угоди за обсягом прав, згідно з яким виділяють: 1) виключну ліцензію; 2) невиключну ліцензію та 3) так звана єдина ліцензія, яка також може розглядатися як особливий випадок виключної ліцензії.

З точки зору законодавства про конкуренцію, найбільш проблематичний тип ліцензії видається виключний, оскільки за своєю природою існує фактичний поділ ринку, що викликає занепокоєння щодо збереження конкуренції в окремих територіальних межах. Сьогодні ліцензії вважаються конкурентоспроможними, особливо у випадках, коли ліцензіар та ліцензіат не є конкурентами. Завдяки ліцензіям на ринок виходять нові конкуренти, що підвищує ступінь конкуренції та врівноважує ринкову силу інших конкурентів¹. У чеському праві існує дуалізм правового регулювання права інтелектуальної власності у Цивільному кодексі² та Господарському кодексі³. На це правове регулювання істотно впливає також і *acquis communautaires* Європейського Союзу.

У праві ЄС склався підхід проти практики «вбивчих цін» (*predatory pricing*), які полягають встановленні на певний період або підвищених, або завищених цін з метою виведення конкурента з ринку. Вперше Суд ЄС застосував цей підхід у справі *General Motors*⁴, де він застосував встановлений тест на справедливість ціни на основі співвідношення ціни та економічної вартості товару, пропонованого домінуючою компанією. Суд ЄС зауважив як зловживання ситуацію, коли компанія пропонує товар за ціною, що перевищує його економічну вартість, яку суд визначив щодо вартості та ціни подібних товарів. Також у справі *United Brands*⁵ Суд ЄС дійшов висновку, що ситуація, коли жорстка політика ціноутворення не демонструє впливу на стан конкуренції, але є достатньою, щоб завдати шкоди лише споживачеві, також може розглядатися як порушення статті 102 ДФЕС⁶. Зокрема, зловживання домінуючим положенням на ринку згідно зі статтею 102 ДФЕС⁷ може полягати у наступному:

- (a) пряме чи опосередковане нав'язування несправедливих цін купівлі чи продажу або інші несправедливі умови торгівлі;
- (b) обмеження виробництва, ринків або технічного розвитку на шкоду споживачам;
- (c) застосування різнорідних умов до рівноцінних операцій з іншими торговими сторонами, тим самим ставлячи їх у конкурентну невідність;
- (d) укладення договорів за умови прийняття іншими сторонами додаткових зобов'язань, які за своєю природою або за комерційним використанням не мають ніякого зв'язку з предметом таких контрактів.

Ліцензійна угода надає постачальнику, який володіє правом інтелектуальної власності, право реалізувати це право в узгодженому обсязі набувачу, який зобов'язується надати постачальнику плату, якщо не домовлено інше. Тобто така угода є синалагматичним зобов'язанням, у силу якого обидві сторони несуть взаємні зобов'язання і яке звільняє від загальної заборони не діяти певним чином⁸. Згідно із позицією Суду ЄС: «Надаючи ліцензію, постачальник надає право ліцензіату на здійснення таких дій, які без надання ліцензії становили б порушення прав інтелектуальної власності»⁹. На думку Суду ЄС, «контракт, за яким власник права інтелектуальної власності за винагороду уповноважує свого контрактного партнера здійснювати це право, не є договором про надання послуг»¹⁰. Основною метою ліцензійної угоди є не надання послуги, а надання можливості реалізації права на нематеріальний актив¹¹. Таким чином, метою ліцензійних угод визнається передача прав на здійснення певних дій щодо нематеріальних активів, які є об'єктом охорони права інтелектуальної власності.

¹ ANDERMAN, Steven D. *EC competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*. New York: Oxford University Press, 1998, s. 6.

² Zákon č. 89/2012 Sb. *Zákon občanský zákoník*. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>

³ Zákon č. 513/1991 Sb. *Obchodní zákoník*. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1991-513>

⁴ Decision of CJEU in Case 26/75 *General Motors Continental NV v. Commission* on 13 November 1975.

⁵ Decision of CJEU in Case 7/76 *United Brands v. Commission* on 14 February 1978.

⁶ UTĚŠENÝ, Pavel. *Tržní moc a duševní vlastnictví v evropském soutěžním právu*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2005, s. 74.

⁷ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 12012E. *Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Právo mezinárodního obchodu*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 477

⁹ Decision of CJEU in Case C-533/07 *Falco Privatstiftung a Thomas Rabitsch v. Gisela Weller-Lindhorst*, para. 51.

¹⁰ *Ibid*, para. 36, 44

¹¹ KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé a právo duševního vlastnictví - kolizní otázky / Tereza Kyselovská, Pavel Koukal 1. vydání*. Brno: Masarykova univerzita, 2019. 388 s., s. 301.

Змішані ліцензії є найпоширенішим видом ліцензійних угод. Предметом цих ліцензій є патентні права та виробничі технічні знання (ноу-хау), без знання яких набувач навіть у багатьох випадках не міг би використовувати патент. Предметом може бути, наприклад, право на виготовлення певного товару (за умови, що покупець зможе позначити ці товари товарним знаком постачальника). Угоди про франчайзинг також можуть бути включені до змішаних ліцензій. Ліцензійні угоди на промислову власність, як правило, регулюються Господарським кодексом. Немає ні контрактів на продаж, ні надання незахищених знань, ні контрактів на передачу промислової власності. Отже, якщо предметом є ліцензія контракти про ноу-хау, положення Господарського кодексу застосовуються до цього контракту лише в тому випадку, якщо договірні сторони погоджуються, що їх договірні відносини будуть регулюватися Господарським кодексом (зокрема, §§ 508-526).

Доволі часто у практиці передачі прав на об'єкти інтелектуальної власності використовують франчайзинг. Франчайзингом зазвичай вважають такі ліцензійні угоди, згідно з якими ліцензіат має право здійснювати певну господарську діяльність під торговою назвою, товарним знаком тощо, які належать ліцензіару¹². Постачальник перевіряє, як набувач веде господарську діяльність, надає йому постійну допомогу та поради щодо його господарської діяльності. Однак обидва суб'єкти комерційної діяльності є самостійними¹³. Основними рисами франчайзингу згідно із чеським правом є наступні.

Франчайзинг означає ліцензію на ведення бізнесу протягом певного періоду у визначеному географічному районі під назвою постачальника та використання його торгових марок.

Предметом договору франшизи зазвичай є ділова діяльність у формі послуги, яка вже випробувана на ринку в так званих пілотних проектах. Це метод, який може бути виконаний де завгодно і будь-ким за певних умов.

Франчайзер (постачальник) надає франчайзі загальну концепцію бізнесу цього методу. Покупець повинен точно дотримуватися загальна концепція або інструкцій. Концепція зазвичай міститься в посібнику, який набувач отримує після укладення договору франшизи. Постачальник навчатиме набувача у роботі франчайзингової компанії відповідно до методу, викладеного в посібнику.

Постачальник також надає послуги перестрахування набувачу та допомагає йому успішно вести бізнес. Ці послуги повинні включати рекламні заходи та маркетинг, що стосуються, як правило, назви франчайзингової компанії, а також конкретного представництва на місці. Вони також повинні включати поради щодо отримання необхідних коштів для первинних необхідних інвестицій, консультації з вивчення ринку, підтримку в переговорах про оренду відповідних приміщень для створення приміщень покупця, допомогу в адміністративному адмініструванні, бухгалтерії тощо, тобто всі питання пов'язані із початком бізнесу.

Для надання прав на використання бізнес-формату та методу та надання послуг покупець зобов'язується здійснити початкові інвестиції у франчайзингову компанію, а потім регулярно сплачувати постачальнику відсоток (винагороду) від досягнутого обороту його компанії. Крім того, від набувача може вимагатися придбання обладнання, сировини та ділових послуг у постачальників, призначених постачальником, або безпосередньо у постачальника.

Однак участь постачальника у підприємницькій діяльності набувача та в старті його бізнесу не означає, що постачальник є власником цього бізнесу. Франчайзингова компанія належить набувачу, який працює на свій страх і ризик і по-своєму ставиться до свого бізнесу. Однак постачальник зазвичай вимагає важливого права придбати бізнес набувача або затвердити іншого покупця для цього бізнесу.

Регламент № 330/2010 допускає можливість встановлення у договорі рекомендованої ціни, що відповідає практиці укладання договорів франчайзингу, яка склалась у країнах ЄС. У частині 3 статті 1122 Цивільного кодексу України передбачено: «Умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі».

На думку І. Якубівського, таке положення ЦК України є незавершеним, оскільки не передбачає, який саме правовий наслідок тягне за собою включення в договір комерційної концесії означеної умови. За логікою законодавця у даному випадку мало би йтися про нікчемність такої умови, так само як і в ч. 2 цієї статті. Проте залишається фактом, що станом на сьогодні немає прямої норми в законі, яка би передбачала, що умова договору комерційної концесії, визначена ч. 3 ст. 1122 ЦК України, є нікчемною¹⁴.

У свою чергу, згідно зі статтею 4 (b) Регламенту № 330/2010, звільнення, передбачене у статті 2, не застосовується до вертикальних угод, які, прямо або опосередковано, самостійно або в поєднанні з іншими факторами під контролем сторін, мають своєю метою, зокрема, обмеження території, на якій або клієнтам

¹² PAVLAS R., Průmyslové a autorské parvo: učební text, VŠB – Technická univerzita Ostrava, 2012, s. 284-285.

¹³ GOTTFRIED, J. a kol. Vzdělávání pro rozvoj spolupráce pracovníků vědy a výzkumu s průmyslovými podniky. 2008. 103 s.

¹⁴ Якубівський І. Межі здійснення майнових прав інтелектуальної власності в контексті конкурентного законодавства. Підприємство, господарство і право. 2016. № 3. С. 59-64. С. 62.

з якої продавець – учасник угоди може продавати контрактні товари або послуги, без шкоди обмеженню щодо місця його заснування.

Висновки. Антимонопольне законодавство допомагає запобігти створенню або зловживанню монополіями, з іншого боку, законодавство про інтелектуальну власність, по суті, гарантує власникам нематеріального майна юридичну монополію на його використання. Ліберальна політика конкуренції та відповідний закон про конкуренцію, як правило, декларують єдину мету, не завжди на підтримку конкуренції та вільних ринків, а так званий загальний добробут, сформульований неоліберальними прихильниками так званої чиказької школи як добробут споживачів. Це на практиці означає наголос на економічній ефективності у її розподільчій формі. Чеське право інтегроване у правову систему ЄС щодо визначення умов виключних, невиключних та єдиних ліцензій, а також договори франшизи. Українське законодавство тут потребує свого корегування та уточнення, однак попри наявність певних прогалин сторони можуть самотійно визначати умови договорів на засадах рівності та еквівалентності.

Анотація.

Метою статті є розкриття договірному порядку забезпечення цивільно-правової охорони права інтелектуальної власності з точки зору співвідношення фактичної та формальної юридичної рівності, а також правил антимонопольного і конкурентного законодавства, яке регулює питання домінуючого та монопольного положення на ринку і як ці чинники впливають на охорону права інтелектуальної власності. Зроблено висновок, що антимонопольне законодавство допомагає запобігти створенню або зловживанню монополіями, з іншого боку, законодавство про інтелектуальну власність, по суті, гарантує власникам нематеріального майна юридичну монополію на його використання. Чеське право інтегроване у правову систему ЄС щодо визначення умов виключних, невиключних та єдиних ліцензій, а також договори франшизи. Українське законодавство тут потребує свого корегування та уточнення, хоча його можна корегувати через адекватну договірну практику.

Summary.

The purpose of the article is to reveal the contractual procedure for civil protection of intellectual property rights in terms of the ratio of factual and formal legal equality, as well as antitrust and competition law governing the dominant and monopoly position in the market and how these factors affect the protection of intellectual property rights. It is concluded that antitrust law helps to prevent the creation or abuse of monopolies, on the other hand, intellectual property law essentially guarantees owners of intangible property a legal monopoly on its use. Czech law is integrated into the EU legal system to determine the terms of exclusive, non-exclusive and single licenses, as well as franchise agreements. Ukrainian legislation here needs to be adjusted and clarified, although it can be adjusted through adequate contractual practice.

References:

1. ANDERMAN, Steven D. *EC competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*. New York: Oxford University Press, 1998.
2. AREEDA, Phillip, Louis KAPLOW a Aaron S EDLIN. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
3. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 12012E. Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>
4. Decision of CJEU in Case 26/75 *General Motors Continental NV v. Commission* on 13 November 1975.
5. Decision of CJEU in Case 7/76 *United Brands v. Commission* on 14 February 1978.
6. Decision of CJEU in Case C-533/07 *Falco Privatstiftung a Thomas Rabitsch v. Gisela Weller-Lindhorst*, para. 51.
7. EUMHG - Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Horizontal Merger Guidelines), 2004, O.J. (C31), s. 11.
8. GOTTFRIED, J. a kol. *Vzdělávání pro rozvoj spolupráce pracovníků vědy a výzkumu s průmyslovými podniky*. 2008.
9. Kamil Nejezchleb, Zuzana Hajná, Josef Bejček. *Ekonomické metody v soutěžním právu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014.
10. Kamil NEJEZCHLEB, Zuzana HAJNÁ, Josef BEJČEK. *Ekonomické metody v soutěžním právu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014..
11. KYSELOVSKÁ, Tereza *Mezinárodní právo soukromé a právo duševního vlastnictví - kolizní otázky* 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2019. 388 s., s. 301.
12. MUNKOVÁ, Jindřiška, Jiří KINDL a Pavel SVOBODA. *Soutěžní právo*. 2. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2012.
13. PAVLAS R., *Průmyslové a autorské parvo: učební text, VŠB – Technická univerzita Ostrava*, 2012.
14. PETR, Michal. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2010.
15. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Právo mezinárodního obchodu*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 477
16. UTĚŠENÝ, Pavel. *Tržní moc a duševní vlastnictví v evropském soutěžním právu*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2005, s. 74.
17. WHISH, Richard a David BAILEY. *Competition law*. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2012, s. 18, 19.



18. Zákon č. 103/1990 Sb., zákon, kterým se mění a doplňuje hospodářský zákoník.
19. Zákon č. 141/1933 Sb., o kartelech a soukromých monopolech.
20. Zákon č. 513/1991 Sb. Obchodní zákoník.
21. Zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.
22. Zákon č. 89/2012 Sb. Zákon občanský zákoník
23. Бакалінська О.О. Проблеми і перспективи розвитку конкурентного законодавства України. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 17.
24. Корчак Н. М. Правові питання антимонопольного регулювання підприємницької діяльності. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04.. К.: Київський університет ім. Тараса Шевченка, 1996. 206 с. С. 12
25. Постанова Вищого господарського суду України від 06.07.2010 у справі 6/519/ URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10356589>
26. Щокін Р.Г. Сутність недобросовісної конкуренції за господарським законодавством України. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2014. № 11. Т. 2. С. 18-21
27. Якубівський І. Межі здійснення майнових прав інтелектуальної власності в контексті конкурентного законодавства. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 3. С. 59-64.

Budka Ruslan,

Postgraduate Student of Kyiv University of Law

ORCID: 0000-0002-4748-5565

Application the international legal standards in criminal proceedings against minors by courts

Застосування судами міжнародних правових стандартів у кримінальних провадженнях відносно неповнолітніх

Buldakova Karina

Key words:

International legal standards, international law, criminal proceedings, minors members, rights protection, court proceedings, litigation, crime prevention.

Ключові слова:

міжнародні правові стандарти, міжнародне право, кримінальне провадження, неповнолітні учасники, забезпечення прав, судове провадження, судовий розгляд, попередження злочинності.

Актуальність. Гармонізація національного кримінального процесу з кращими світовими практиками у сфері кримінальної юстиції зумовлює орієнтацію на впровадження міжнародних стандартів забезпечення прав неповнолітніх осіб у кримінальному провадженні. При здійсненні кримінального провадження щодо неповнолітніх суди зобов'язані забезпечувати точне й неухильне застосування діючого законодавства, своєчасний та якісний їх розгляд, керуватися Конституцією України, Кримінальним кодексом України (КК), Кримінальним процесуальним кодексом України (КПК), міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, зокрема Конвенцією ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року, Мінімальними стандартними правилами ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх від 29 листопада 1985 року («Пекінські правила»), а також враховувати практику Європейського суду з прав людини, запроваджуючи їх положення у вітчизняну правозастосовну практику¹.

Мета статті зумовлена теоретичною та практичною необхідністю дослідження міжнародних правових стандартів щодо судового контролю у кримінальних провадженнях відносно неповнолітніх, які є актуальними для вирощання в практичній правничій діяльності для підвищення ефективності кримінального судочинства та захисту прав людини у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх.

Аналіз досліджень за даним напрямом свідчить про те, що відомі правники зробили суттєвий внесок у розроблення питання міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини, зокрема й дитини. Такими вченими є Л.І. Беляєва, Е.В. Бережко, Н.С. Єрмишина, О.О. Венецька, О.А. Зайцев, Б.І. Ісмаїлов, О.П. Кучинська, О.М. Литвинов, Л.А. Луць, Є.С. Назимко, П.М. Рабінович, О.М. Солоненко, Н.В. Спесісов, В.Г. Уваров, Ю.В. Щокін та інші автори. Проте, праці цих вчених не вичерпують складності проблеми, а утворюють базис для її подальшого дослідження.

Перед тим як дослідити застосування судами міжнародних правових стандартів щодо судового контролю у кримінальних провадженнях відносно неповнолітніх, слід надати визначення термінів.

За тлумачним словником «стандарт» - типова форма організації, проведення, здійснення чого-небудь². Стандарти, що містяться в актах загального характеру, тобто тих, що містять вимоги щодо захисту прав і свобод людини, є своєрідною основою та становлять невід'ємний зв'язок зі стандартами забезпечення прав неповнолітніх у кримінальному провадженні.

Підвищення ефективності діяльності судів було і залишається одним із ключових питань у процесі реформування судової системи та розбудови правової держави. Від адекватного уявлення про те, яким саме має бути дієве судочинство, та оптимального вибору конструктивних шляхів поліпшення його якості залежатиме, наскільки буде достатньо національних засобів правового захисту для вирішення поставлених перед судовою системою завдань. Орієнтирами у цьому плані можуть стати міжнародні стандарти у сфері судочинства — авторитетні узгоджені узагальнення (висновки) належної практики та провідних принципів, що їх має досягти кожна держава на національному рівні³.

¹ Про практику здійснення судами кримінального провадження щодо неповнолітніх: Лист ВССУ від 16.01.2017 № 223-66/0/4-17. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1134740-13>.

² Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970—1980. Том 9. Стор. 644.

³ Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ. 2015. 708 с.

Застосування міжнародних стандартів, так як: міжнародні договори, згода на обов'язковість яких нада- на Верховною Радою, зокрема, ЄКПЛ, Правилах ООН, які стосуються захисту неповнолітніх, позбавлення волі (1990 року), Європейській конвенції про здійснення прав дітей (1996 року), у Керівних принципах ООН з попередження злочинності серед неповнолітніх (1990 року) Мінімальними стандартними правилами ООН, що стосується відправлення правосуддя щодо неповнолітніх від 29 листопада 1985 року («Пекінські правила»), практики Європейського суду з прав людини є важливим аспектом здійснення судового контролю в кримінальному провадженні у справах щодо неповнолітніх.

Варто підкреслити, що нині разом зі зростанням кількості міжнародних актів рекомендаційного харак- теру підвищується також їх роль у здійсненні судочинства за участю неповнолітніх осіб. Це пояснюється універсальним характером цих норм, аналогів яким у сфері захисту прав неповнолітніх не вироблено в жодній із держав.

Н.В. Спесивов пропонує виділяти дві групи міжнародних стандартів здійснення кримінального судочинства за участю неповнолітніх: загальні стандарти прав усіх неповнолітніх учасників кримінального судочинства, що діють на всіх стадіях провадження, та спеціальні стандарти прав усіх неповнолітніх учасників кримінального судочинства, які діють залежно від процесуального становища неповнолітніх⁴.

Необхідність застосування міжнародних правових стандартів щодо судового контролю у криміналь- них провадженнях відносно неповнолітніх ми пов'язуємо з необхідністю наявності у судді, який здійснює судовий контроль: 1) системних знань щодо теоретичних основ прав людини, основних доктрин і прин- ципів, змістовних та інституціональних аспектів прав; 2) вміння аналізувати положення «переконливого прецеденту» (persuasive precedent) та використовувати механізми захисту людини; 3) високих моральних якостей на підставі уявлення про права людини як загальносвітової цінності.

Якщо звернутись до впровадження міжнародних стандартів щодо забезпечення прав неповнолітніх у кримінальному провадженні, слід визначити, що кримінальне провадження щодо неповнолітніх регулю- ється, перш за все, главою 38 Кримінального процесуального кодексу України⁵.

Порядок кримінального провадження щодо неповнолітніх враховує вікові, інтелектуальні, психоло- гічні й інші особливості цих осіб, відсутність у них життєвого досвіду, певне обмеження загальної грома- дянської дієздатності і матеріальної відповідальності та ін. Крім того, беручи до уваги специфіку відпові- дальності суб'єктів, законом передбачені додаткові гарантії встановлення істини, охорони прав і законних інтересів неповнолітніх, попереджувального впливу судочинства.

Проте, особливе значення для запобігання та профілактики злочинів серед неповнолітніх мають кри- мінально-процесуальні, у тому числі й запобіжні заходи, що застосовуються до цієї категорії осіб, спрямо- вані на попередження злочинів та одночасне перевиховання підлітків.

На сьогодні у законодавстві України відсутні уніфіковані нормативно-правові акти, які регулюють це питання. Однак існують норми щодо здійснення правосуддя стосовно осіб, які не досягли 18-річного віку. Зокрема, порядок кримінального провадження щодо неповнолітніх, як передбачено статтею 484 Крими- нального процесуального кодексу України. Тобто, чинний закон надає обвинуваченим, які вчинили зло- чин у віці до 18 років, додаткові гарантії їх прав і свобод щодо встановлення істини, попереджувального впливу судочинства. Статті глави 38 КПК України доповнюють загальні правила судочинства та застосову- ються поряд із загальними правилами, що встановлені КПК⁶.

В п. 2 Заключної декларації Всесвітнього конгресу з питань правосуддя по відношенню до неповно- літніх, який проходив у Женеві (Швейцарія) 30 січня 2015 р. визначено: «Учасники Всесвітнього конгресу визнали, що головним викликом є ефективне практичне впровадження існуючих міжнародних норм та стандартів у сфері управління правосуддям по відношенню до неповнолітніх на національному рівні, включаючи мобі- лізацію адекватних ресурсів та створення нових можливостей. Всі учасники рівною мірою визнали важливість забезпечення повноцінної політики у сфері правосуддя по відношенню до неповнолітніх, яка була б здатна попереджувати злочинність серед неповнолітніх та відповідним чи- ном реагувати на неї, забезпечуючи поряд з цим захист дітей, які знаходяться у конфлікті із законом, дітей-жертв та дітей-свідків, та яка б носила недискрими- наційний характер, а також урахувала б за- безпечення вищих інтересів дітей та поважала б право дитини на життя, виживання та розвиток, а також його або її гідність»⁷.

⁴ Спесивов Н.В. Международные стандарты осуществления уголовного судопроизводства с участием несовершеннолетних и их реализация в современном российском уголовном процессе : дисс. ... канд. юрид. наук / Н.В. Спесивов. Саратов, 2015. 241 с.

⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення – 03.12.2020).

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення – 03.12.2020).

⁷ World Congress on Juvenile Justice Final Declaration, Geneva, Switzerland, 30 January 2015. URL: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/38168.pdf>.

Основним чинником, який обумовлює ступінь тотожності або протилежності європейських правових стандартів міжнародним стандартам ООН, є їхнє або цілком позитивне, або помірковане (подвійний або змішаний підхід), або більш негативне («треба не відвертати від покарання, а карати») ставлення до провідного принципу новітніх підходів до застосування покарання до неповнолітніх — принципу відвернення. Одна європейська модель, реагуючи на правопорушення з боку неповнолітніх, відвертає їх від знайомства із системою правосуддя, інша ж — не відвертає молодого правопорушника від проходження усіх етапів правосуддя, включно із відбуванням неповнолітнім класичного кримінального покарання. Розгляд зазначених різних європейських моделей правосуддя у справах неповнолітніх дозволяє нам дійти висновку про те, що розрізнення двох зазначених нами підходів до визначення інституціонально-організаційного та змістовного виміру поняття європейських правових стандартів може бути умовним лише в тому випадку, коли мова йде про норми відповідної галузі права окремих, але в даному випадку переважної більшості, європейських держав, де функціонує «модель, яка передбачає захист». Норми та принципи даної моделі є похідними не лише від загальних правових норм, закріплених у джерелах права Ради Європи, а й універсальних стандартів джерел права ООН.

Таким чином, принцип відвернення та все, що пов'язано з цим принципом (освітні, виховні заходи замість покарання), є наріжним каменем європейських правових стандартів, які відтворюються в «моделі, яка передбачає захист» і загальних правових нормах, закріплених у джерелах права Ради Європи. Цей принцип формує, таким чином, спільні та єдині європейські правові стандарти незалежно від того, чи мова йде про норми відповідної галузі права окремих європейських держав, чи про загальні правові норми, закріплені у джерелах права Ради Європи¹.

Недотримання судом міжнародних принципів здійснення кримінальних проваджень щодо неповнолітніх може призвести до порушення права на справедливий суд, гарантованого ст. 6 ЄКПЛ².

На думку О.П. Кучинської, імплементація міжнародних стандартів забезпечення прав людини, визнаних європейським і загальносвітовим співтовариством, у кримінальну процесуальну діяльність є об'єктивною необхідністю на шляху прагнення України бути рівноправним учасником міжнародних відносин³.

Необхідно відзначити, що докладання всіх можливих зусиль задля практичної реалізації положень доктрини із захисту прав неповнолітніх на національному і міжнародному рівні, корелюється з тим, що в національному кримінальному судочинстві міжнародні стандарти віднаходять свою імплементацію в застосуванні принципу найкращих інтересів дитини, встановленого у ст. 3 Конвенції ООН про права дитини, відповідно до положень глави 29 КПК та розділу XI КК.

В правозастосовчій діяльності, на рівні національного кримінального процесу, реалізація положень доктрини із захисту прав неповнолітніх на національному і міжнародному рівні полягає в тому, що суд: 1) має максимально індивідуалізувати покарання, призначаючи його конкретній неповнолітній особі за конкретне кримінальне правопорушення; 2) може з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод суд відповідно до положень ч. 3 ст. 337 КПК вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, але лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження⁴ [1].

Висновки: Виростання в практичній правничій діяльності, яка здійснюється судом міжнародних стандартів забезпечення прав неповнолітніх учасників кримінального провадження є необхідною умовою для підвищення ефективності кримінального судочинства та захисту прав людини у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх.

Міжнародні стандарти забезпечення прав неповнолітніх учасників кримінального провадження повинні застосовуватись у всіх випадках у кримінальних провадженнях відносно неповнолітніх з метою забезпечення дотримання прав та законних неповнолітніх осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні та має співставлятися з завданнями кримінального провадження таким чином, що обмеження конституційних прав і свобод людини в кримінальному провадженні було б не можливим без доведення стороною обвинувачення, визначених кримінальним процесуальним законом, обставин, які виправдовують таке втручання, зважаючи на вікові та психологічні особливості неповнолітніх.

¹ Назимко Є. С. Вплив міжнародних та європейських стандартів покарання неповнолітніх на функціонування моделей кримінального правосуддя для неповнолітніх / Є. С. Назимко, С. В. Лосич. Правовий часопис Донбасу. 2017. № 2. С. 121-133. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pppd_2017_2_21.

² Рішення ЄСПЛ у справі «Т. проти Великобританії (T. v. United Kingdom)» № 24724/94, від 16 грудня 1999 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58593>

³ Кучинська О.П. Правові питання імплементації загальновизнаних міжнародних стандартів у галузі прав людини у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2014. № 1. С. 57-61.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення – 03.12.2020).

Анотація.

Статтю присвячено аналізу міжнародних правових стандартів забезпечення прав неповнолітніх осіб у кримінальному провадженні, визначенню їх правової природи та значення. Автором досліджується питання необхідності використання міжнародних правових стандартів у сфері захисту прав і свобод неповнолітніх учасників кримінального провадження.

Summary.

The article analyses international legal standards to ensure the rights of minors in criminal proceedings, to definition of their legal nature and significance. The author examines the issue of the need to use international legal standards in the protection of the rights and freedoms of juvenile participants in criminal proceedings.

References:

1. Про практику здійснення судами кримінального провадження щодо неповнолітніх: Лист ВССУ від 16.01.2017 № 223-66/0/4-17. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1134740-13>.
2. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970—1980. Том 9. Стор. 644.
3. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ. 2015. 708 с.
4. Спасивов Н.В. Международные стандарты осуществления уголовного судопроизводства с участием несовершеннолетних и их реализация в современном российском уголовном процессе : дисс. ... канд. юрид. наук / Н.В. Спасивов. Саратов, 2015. 241 с.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення – 03.12.2020).
6. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення – 03.12.2020).
7. World Congress on Juvenile Justice Final Declaration, Geneva, Switzerland, 30 January 2015. URL: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/38168.pdf>.
8. Назимко Є. С. Вплив міжнародних та європейських стандартів покарання неповнолітніх на функціонування моделей кримінального правосуддя для неповнолітніх / Є. С. Назимко, С. В. Лосич . Правовий часопис Донбасу. 2017. № 2. С. 121-133. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pppd_2017_2_21.
9. Рішення ЄСПЛ у справі «Т. проти Великобританії (T. v. United Kingdom) № 24724/94, від 16 грудня 1999 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58593>
10. Кучинська О.П. Правові питання імплементації загальноновизнаних міжнародних стандартів у галузі прав людини у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2014. № 1. С. 57–61.
11. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення – 03.12.2020).

Buldakova Karina,

postgraduate student of the Department of Criminal Procedure of Faculty of training specialists for pre-trial investigation bodies
Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs, assistant of judge of Pavlograd`s district court of Dnipropetrovsk region

Euthanasia and bioethics: correlation issues

Myroslava Hromovchuk

Key words:

euthanasia, bioethics, medical procedures, termination of human life, murder.

A terminally ill patient should be treated differently than other patients. However, there are no any legal documents which regulate a physician's actions towards a dying patient, and they can't be. Most scholars tend to think that above all, one should follow the ethical principles enshrined in the Hippocratic Oath as well as the recommendations of the World Medical Association Declaration of Helsinki¹.

However, when analyzing the issues of medical and legal aspects of euthanasia, it is also essential to pay attention to the category "bioethics". Modern international documents on medical ethics (bioethics) developed by the World Medical Association, the Council of Europe, the World Health Organization, UNESCO, World Psychiatric Association etc. include more than one hundreds of pages. Thus, let's consider extracts from the documents of the World Psychiatric Association:

- "Joining medical community: I solemnly pledge myself to consecrate my life to the service of humanity... I will maintain the utmost respect for human life from the time of conception... I will respect the secrets that are confided in me, even after the patient has died..." (WMA Declaration of Geneva, 1948, 1968, 1983, 1994);
- "A physician shall be dedicated to providing competent medical service in full professional and moral independence, with compassion and respect for human dignity. A physician shall not allow his/her judgment to be influenced by personal profit or unfair discrimination" (International Code of Medical Ethics, 1949, 1968, 1983);
- "The patient has the right to accept or refuse treatment after receiving adequate information. The patient is entitled to humane terminal care and to be provided with all available assistance in making dying as dignified and comfortable as possible" (WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient, 1981, 1955);
- "The physician may relieve suffering of a terminally ill patient by withholding treatment with the consent of the patient or his immediate family if unable to express his will" (Declaration of Venice on Terminal Illness, 1983);
- "Euthanasia, that is the act of deliberately ending the life of a patient, even at the patient's own request or at the request of close relatives, is unethical. This does not prevent the physician from respecting the desire of a patient to allow the natural process of death to follow its course in the terminal phase of sickness" (WMA Resolution on Euthanasia, 1987);
- "The care of terminally ill patients with severe chronic pain should provide treatment that permits these patients to close their lives with dignity and purpose. It is incumbent on the physician and on all others who care for the dying patient with severe chronic pain to understand... the needs of the patient, family and friends" (WMA Statement on the Care of Patients with Severe Chronic Pain in Terminal Illness, 1990);
- "Physicians played a prominent role in the elderly abuse movement by defining and publicizing the problem... Once high-risk individuals and families have been identified, physicians can participate in the primary prevention of maltreatment by making referrals to appropriate community and social service centres" (WMA Declaration of Hong Kong on the Abuse of the Elderly, 1989, 1990).
- "Patients with AIDS and those who test positively for the antibody to the AIDS virus must be provided with appropriate medical care... Physicians have a long and honored tradition of tending to patients afflicted with infectious diseases with compassion and courage. That tradition must be continued throughout the AIDS epidemic (WMA Statement on the Professional Responsibility of Physicians in Treating Aids Patients, 1988; WMA Interim Statement on AIDS);
- "Physicians treating hunger strikers are faced with the following conflicting values: ... moral obligation on every human being to respect the sanctity of life... physicians should respect individuals' autonomy... Ethical conduct: ... any treating provided to the patient should be approved by him... Artificial feeding: when the hunger striker has become confused and is therefore unable to make an unimpaired decision or has lapsed into a coma, the physician shall be free to make the decision for his patient as to further treatment which he considers to be in the best interest of that patient, always taking into account the

¹ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_005

decision he has arrived at during his preceding care of the patient during his hunger strike" (WMA Declaration on Hunger Strikers, 1992);

- "...To be sure, the individuals involved were seriously ill, perhaps even terminally ill, and were wracked with pain... Furthermore, the individuals were apparently competent and made their own decision to commit suicide... In other instances the physician has provided medication to the individual with information as to the amount of dosage that would be lethal... Physician-assisted suicide, like euthanasia, is unethical and must be condemned by the medical profession" (WMA Statement on Physician-Assisted Suicide, 1992);
- "It is unethical for physicians to participate in capital punishment that is not a problem for physicians to pronounce death" (WMA Resolution on Physician Participation in Capital Punishment, 1981).

However, despite a significant number of regulations related to euthanasia, studies conducted in the US and the Netherlands indicate that only a third of requests on life termination using euthanasia are caused by insufferable pain of a patient².

A scholar A. Panishchov³ provides several examples where euthanasia supporters under the slogan of assistance in its implementation killed healthy people. Thus, in the USA, in 1956 Jack Kevorkian, who is called "Doctor Death", substantiated the expediency of euthanasia introduction. In 1989, he constructed a so-called "suicide machine" which assisted the death of more than 120 persons. In December 2000, a group of physicians stated that J. Kevorkian used it in the cases not related to terminal illnesses. According to this conclusion, 75% of patients treated by Death Doctor with mild death were patients who were not incurable, and 5% of them were healthy.

Another example is H. Shipman, who was a life-sentence prisoner for the murder of 15 patients. During the investigation, it was proved that the physician committed the first murder in 1984. When he visited an older woman suffering from joint pain, G. Shipman offered to give her an injection of an analgetic, the woman agreed, and the doctor administered her 30 milligrams of diamorphine (the medical term for heroin). Then he was observing as the victim was dying.

In January 2001, the UK Department of Health released a report suggesting that Mr Shipman committed about 300 murders of patients during his many years of practice in Hyde, Manchester. Before leaving the home of a murdered patient, he usually took a little knickknack as a keepsake and always sent a sympathy card to relatives. H. Shipman was suspected when he had given Hyde's former mayor an injection and then fabricated a will according to which a family physician inherited the wealth amounting £ 350,000.

It should be emphasized that in Europe, active euthanasia is permitted in three countries: the Netherlands since 2002, Belgium since 2002, Luxembourg since 2009 and the Swiss canton of Zürich since 2011⁴.

Thus, among many other judgments of the Netherlands Supreme Court, the attention is paid to the decision of 1984, which led to the recognition of voluntary euthanasia at the legislative level. The so-called "Alkmaar case" was about a 95-year-old woman who was terminally ill. A few days before her death, her health deteriorated significantly: she could neither drink nor eat and subsequently, she went faint. Regained consciousness, the woman begged her physician to end her life because she did not want to experience it again. The physician was convinced that day after day, the patient's condition would worsen and decided to act according to the patient's will. The Netherlands Supreme Court pointed out that although the actions of the physician were triggered by "force majeure", which caused a conflict of duties: on the one hand, the physician shall alleviate the patient's hopeless sufferings and, on the other, he has the duty to the law – to save a life. However, the physician had to provide a medical report that made it clear that the person had carefully considered the decision and allowed the patient to die with dignity. The case was taken to court in The Hague where the physician was declared not guilty.

At the same year, the Royal Dutch Medical Association marked that euthanasia might be allowable under certain circumstances. In the statement, it relied on the criteria on which courts had focused when deciding on euthanasia cases. In particular: 1) a patient should request for euthanasia, and the decision must be carefully considered and persistent; 2) a patient feels unbearable suffering (physical or mental), and if recovery is impossible; 3) a physician shall carry out euthanasia after counseling of independent expert, who is experienced in the area concerned.

Within a year (in 1985), the Netherlands State Commission on Euthanasia, which appealed to the Ministry of Welfare, Health and Culture, the Ministry of Justice to amend the Criminal Code on the part of euthanasia and assisted suicide, was established. The Commission proposed to amend the Criminal Code in such a way that deliberate termination of another person's life at his/her request would not be a crime if it is performed by a physician towards a patient who is "in an unfavourable situation without prospects for recuperation". The physician shall provide recommendations on minors, mentally disabled people, persons with disabilities and

² URL: Kebuladze B. Termination of Life on Request and Assisted Suicide European Scientific Journal December 2016 /SPECIAL/ edition ISSN: 1857 – 7881 (Print) e - ISSN 1857- 7431 S.424 (421-425)

³ Панищев А.Л. Эвтаназия (дидактические материалы по биомедицинской этике) URL: <http://econf.rae.ru/pdf/2014/11/3806.pdf>

⁴ Громовчук М.В. Право людини на життя: теоретичні та практичні засади. Порівняльно-аналітичне право. 2017. № 2. С. 38.

prisoners as well as on funeral procedures and death certificate, the non-involvement of others, except patients and physicians, in decision making and the preparation and dispensing drugs prescribed to end up. However, the proposal was not included in the Criminal Code.

Another factor that influenced the introduction of euthanasia at the legislative level in the Netherlands was the medical practice of physicians. After the adoption of court decisions in 1991, the Netherlands State Commission on Euthanasia headed by Prof. J. Rummelink published the international report "End-of-life decisions", which included data concerning not only euthanasia but also other medical decisions that had caused a patient's death¹. The researches were conducted in 1990 by Dr P. van der Maas from Erasmus University Rotterdam. The researches provide the data that euthanasia was applied to 2300 persons that are 1.8% of the total death rate – 129000 persons. It also involves 400 cases – suicides assisted by a physician (0.3 % of all deaths). In 22500 cases, patients died due to the discontinuation or refused treatment that caused the end of life. In 40 %, the decision on the increase of the drugs doze to hasten the death was previously discussed with a patient, and in 73% of cases, patients were not able to make that sort of decision.

Therefore, the data provided in the report made it possible to conclude that in most cases of euthanasia, the patient showed the initiative to use it. The rest of the patients were terminally ill but were incapable of making that decision. Therefore, the consent for the euthanasia was provided by close relatives or family members. In most cases, according to the physician, the time hastening the death ranged from several hours to several days.

Another research conducted by G. van der Wald from the Medical Inspectorate of Health was based on private messages from physicians received confidentially. The research was published a year later and confirmed the findings of euthanasia report of the committee. Besides, statistics indicating that in 0.8% of all deaths, physicians prescribed or administered pharmaceutical drugs to terminate patients' lives without their explicit request drawn attention. In most of these cases, death was inevitable as patients had an end-stage malignant tumour.

In 1990, the Ministry of Justice of the Netherlands and the Royal Dutch Medical Association developed a list of obligatory procedures while exercising euthanasia, which would guarantee immunity from prosecution according to Arts. 293 and 294 of the Criminal Code of the Kingdom of Netherlands. The rules are based on the abovementioned proposals which were developed by the Royal Dutch Medical Association in 1984. Therewith, procedural issues concern the following points: a physician shall conduct euthanasia; before euthanasia, the physician shall consult with an independent expert (physician) who has experience in the area under consideration; the physician shall carry out the full written history of the case; it is necessary to notify the prosecutor's office on death as about euthanasia or physician-assisted suicide but not as about natural cause death.

In the case of notice about death as about a case of euthanasia or physician-assisted suicide, the physician shall complete a form including some questions about the death. Based on the form, it is analyzed the procedure of compliance with all requirements. Subsequently, the procedure of notification was introduced into the Dutch Law "On Burial and Cremation Act".

Thus, following research and discussion, on 1 June 1994, the amendments to Article 293 of the Criminal Code of the Kingdom of Netherlands came in force, which recognized euthanasia as a crime (but not a homicide) and are contained in Section XIX of the Criminal Code of the Kingdom of Netherlands "Violent crimes against life". Under Article 293 of the Criminal Code, a person who deprived another person of life at his/her express and sincere request shall be imprisoned for a term not exceeding twelve years or set a fine of the fifth category. Then, it is said that a person should not be punished if he/she is a physician and has committed a crime on the grounds of due care following Part 2 of "Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act" and who has informed the municipal forensic pathologist according to section 7 (2) of "Burial and Cremation Act".

At the same time, the natural evolution of the issue of euthanasia legalization, which took place in several European countries, came to an end on April, 2, 2002, when "Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act" of the Kingdom of Netherlands consolidated the right to assisted suicide and euthanasia. Under the conditions of the act, persons who have reached the age of 16 have the right to manage end-of-life independently. Individuals aged between 12 and 16 need the consent of parents or other legal to carry out this act. The physician conducting euthanasia must be sure that the patient's request is independent, repeated and conscious, and the suffering of the person is long-lasting and unbearable. Moreover, it is obligatory to inform the patient about his condition and prospects for restoration. The decision on euthanasia is taken collectively by consensus, taking into account individual opinions. However, it should be noted that patients from other countries cannot come to the Netherlands for euthanasia – it is prohibited by law. The prohibition is substantiated by the fact that there must be a trusting relationship between the physician and the patient².

¹ Громовчук М.В. Право людини на життя: вибрані аспекти. Visegrad Journal on Human Rights. 2017. № 2/1. С. 59.

² Громовчук М., Евтаназія в зарубіжних країнах: питання конституційно-правового закріплення. Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин взаємодії: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (21-22 квітня 2017 р.). Ужгород. С. 17. Громовчук М., Евтаназія в зарубіжних країнах: питання конституційно-правового закріплення. Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин взаємодії: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (21-22 квітня 2017 р.). Ужгород. С. 17.

Therefore, nowadays, euthanasia can only be used in the Netherlands if the following conditions are simultaneously met: 1) the patient's suffering is unbearable, and there is no chance for recuperation; 2) the patient's request for euthanasia must be voluntary and cannot be fulfilled within a certain time if the person is under the influence of drugs or other people, has a mental disorder; 3) the patient should be fully aware of his/her condition, prognosis and his/her rights; he/she should be acquainted with at least one independent physician who must confirm the patient's health condition (in practice, two physicians are involved); 4) euthanasia should be medically performed by a physician or a patient in the presence of the physician³.

However, the issue of euthanasia runs to the absurd today. Thus, as Minister of Health Edith Schippers and Minister of Security and Justice Art van der Stehr reported in the Dutch media on October 13, 2016, in the Netherlands, the legislators are going to release a draft law according to which not only terminally ill persons but also all who consider "their life is terminated" can obtain permission for euthanasia.

Taking into account the provisions specified in the declarations, codes, statements and resolutions that directly relate to and regulate the activities of health workers while exercising their powers (medical practice), the authors can conclude that none of these documents provides provisions for the use of euthanasia as a primary duty of the physician. On the contrary, the medical professionals carry out their activities following the principles "do not to harm", "to reduce suffering", "to help". However, based on the analysis of the medical practice considered in the article, it is clear that the use of euthanasia didn't follow the principles of help. Moreover, all relevant procedures for euthanasia use were not observed, and physicians' decisions were untimely and unjustified. For this very reason, this practice has led to the fact that the number of euthanasia applicants is increasing today, and the medical indicators for its use are leveled off. Not only people who are terminally ill and suffering but also mentally ill people or those who have depression request for euthanasia. Taking into account the above, the authors believe, the countries which are going to introduce euthanasia at the legislative level, first of all, should pay attention to those negative factors that have arisen during its long-term application, in particular, the experience of the Netherlands.

Annotation.

Some aspects of the possibility of using euthanasia are covered. The author draws attention to the relation between the categories "euthanasia" and "bioethics". The emphasis has been placed on the legal and medical aspects of the applying of euthanasia, based on the practice of the Netherlands.

References:

1. Коваль М.І. Контрміра евтаназії – паліативне лікування. *Вісник соціальної гігієни та організації охорони здоров'я України*. 2015. № 3 (65). С. 54-58.
2. Терешкевич Г. Т. Основи біоетики та біобезпеки : підручник. Тернопіль : ТДМУ, 2014. 400 с.
3. Коротких К. С. Эвтаназия как философско-правовая проблема. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2012. № 4 (14). С. 141–149.
4. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_005
5. URL: Kebuladze V. Termination of Life on Request and Assisted Suicide European Scientific Journal December 2016 /SPECIAL/ edition ISSN: 1857 – 7881 (Print) e - ISSN 1857- 7431 S.424 (421-425)
6. Панищев А.Л. Эвтаназия (дидактические материалы по биомедицинской этике) URL: <http://econf.rae.ru/pdf/2014/11/3806.pdf>
7. Громовчук М.В. Право людини на життя: теоретичні та практичні засади. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 2. С. 37-41.
8. Громовчук М.В. Право людини на життя: вибрані аспекти. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 2/1. С. 58-63.
9. Громовчук М., Евтаназія в зарубіжних країнах: питання конституційно-правового закріплення. Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин взаємодії: *Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (21-22 квітня 2017 р.)*. Ужгород. С. 15-21.

Myroslava Hromovchuk,

associate professor of the Department of Constitutional Law and Comparative Law

SHEI Uzhhorod National University,

Candidate of Law Science

³ Громовчук М., Евтаназія в зарубіжних країнах: питання конституційно-правового закріплення. Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин взаємодії: *Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (21-22 квітня 2017 р.)*. Ужгород. С. 18.

Specific of realisation of the right for safe and healthy environment in the context of Eurointegration of Ukraine

Особливості реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в контексті євроінтеграції України

Vasilchuk Larisa

Key words:

human rights - natural human rights - realisation of human rights - the right for safe and healthy environment - realisation of the right for safe and healthy environment in Ukraine - legal regulation - eurointegration of Ukraine.

Ключові слова:

права людини - природні права людини - реалізація прав людини - право на безпечне та здорове довкілля - реалізація права на безпечне та здорове довкілля в Україні - правове регулювання - євроінтеграція України.

Вступ: Проблематика правового регулювання реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні набуває важливого значення враховуючи процес євроінтеграції України, сучасні реформи чинного законодавства України та потребу вдосконалення інституційної системи реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні.

На початку становлення незалежності України питання реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні постало надзвичайно гостро в контексті ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС, промислового забруднення довкілля, переробки відходів, реагування на нові виклики становлення ринкової економіки, та реформування аграрного сектору, що супроводжувалися суттєвим погіршенням стану довкілля та значними і неконтрольованими викидами і забрудненнями довкілля.

На думку О.Гончаренко, розвиток прав людини і громадянина в Україні – це певний поступовий процес, унаслідок якого відбувається зміна змісту та обсягу прав відповідно до рівня суспільного життя на певному етапі історичного розвитку держави¹.

На жаль, проблема забезпечення сприятливого довкілля для пересічних людей є актуальною у всіх без винятку країнах світу, адже чимало екологічних проблем набули планетарного масштабу і стали спільними проблемами людства, зокрема: руйнування озонового шару, зміна клімату, глобальне потепління. Саме тому право на безпечне для життя і здоров'я довкілля здобуло своє нормативне закріплення та визнання, як на національному рівні в Україні, так і за міжнародним правом, а його належна реалізація є в центрі уваги ЄС та окремих його країн-членів.

Виклад основного матеріалу.

Право на безпечне для життя і здоров'я довкілля було закріплене у ч.1 ст. 50 Конституції України, відповідно до якої кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Отже, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні таким чином отримало своє визнання на найвищому конституційному рівні. А у ч.2 ст. 50 Конституції України закріплено кожному право вільного доступу до інформації про стан довкілля: кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена.

На думку Н.Г.Шукліної, право кожного на вільний доступ до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення є, безумовно, конституційно-правовою гарантією забезпечення права на безпечне для життя і здоров'я довкілля².

Після прийняття Конституції України було прийнято чимало нормативно-правових актів, які сприяли розбудові новітньої системи правового регулювання реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля

¹ Гончаренко О.М. Права людини в Україні: навч. посіб. К.: Знання, 2008. С. 18.

² Шукліна Н.Г. Конституційно-правове регулювання прав і свобод людини і громадянина в Україні (проблеми теорії та практики): Монографія. К.: Центр навчальної літератури, 2005. С. 297.

в Україні, а також ратифіковані відповідні міжнародні договори. Зокрема, було прийнято Закон України «Про захист людини від впливу іонізуючого випромінювання»³ від 14 січня 1998 року, який спрямований на забезпечення захисту життя, здоров'я та майна людей від негативного впливу іонізуючого випромінювання, спричиненого практичною діяльністю, а також у випадках радіаційних аварій, шляхом виконання запобіжних та рятувальних заходів і відшкодування шкоди. Також було прийнято Закон України «Про доступ до публічної інформації»⁴ від 13 січня 2011 р., згідно ст. 20 якого у разі, якщо запит на інформацію стосується інформації, необхідної для захисту життя чи свободи особи, щодо стану довкілля, якості харчових продуктів і предметів побуту, аварій, катастроф, небезпечних природних явищ та інших надзвичайних подій, що сталися або можуть статись і загрожують безпеці громадян, відповідь має бути надана не пізніше 48 годин з дня отримання запиту.

Україна після прийняття Конституції ратифікувала цілу низку міжнародних договорів у цій сфері, зокрема Угоду про збереження афро-євразійських мігруючих водно-болотних птахів⁵ від 16 червня 1995 року, згідно відповідного Закону України⁶ від 4 липня 2002 року. А також уклала відповідні двосторонні міжнародні договори, зокрема: Меморандум між Урядом України та Урядом Канади про співробітництво з питань зміни клімату, включаючи заходи, що проводяться спільно⁷ від 28 січня 1999 року, Угоду між Урядом України та Урядом Азербайджанської Республіки про співробітництво в галузі охорони навколишнього природного середовища⁸ від 7 вересня 2006 р.

Після перемоги Революції Гідності у 2014 році Україна розпочала активний шлях євроінтеграції, що обумовило відповідні законодавчі зміни та новели, що створили більш сприятливі умови для реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля.

Важливою віхою сучасного розвитку України є підписання Угоди про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони⁹ від 27 червня 2014 року, яка ратифікована відповідним Законом України¹⁰ від 16 вересня 2014 року.

Протягом останніх років посилилася роль інституцій громадянського суспільства в забезпеченні реалізації цього права, а також суттєво покращилося практичне міжнародне співробітництво України з окремими іноземними державами у цій сфері. Проте, анексія Криму з боку Російської Федерації та проведення Антитерористичної операції, а згодом Операції Об'єднаних Сил на Донбасі створили чимало проблем і перешкод для належної реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні, особливо у відповідних регіонах України. Внаслідок бойових дій на Донбасі загинуло чимало захисників Вітчизни та мирних громадян. Багато з них стали жертвами від мін та інших вибухонебезпечних предметів, обстрілів мирних жителів, терористичних актів. ООН та ОБСЄ намагаються сприяти врегулюванню конфлікту на Донбасі мирним шляхом, а також виступають проти мінування території конфлікту.

Органам публічної влади України в умовах проведення Операції Об'єднаних Сил, а раніше – Антитерористичної операції, на Донбасі об'єктивно важко здійснювати свої функції щодо забезпечення належної реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні. Саме тому припинення збройного протистояння та мирне врегулювання конфлікту на Донбасі має бути важливим напрямком діяльності органів публічної влади України. ЄС та окремі країни-члени ЄС приділяють багато зусиль для припинення даного конфлікту, розмінування території бойових дій, вирішення гуманітарних проблем вимушених внутрішніх переселенців в Україні.

У контексті євроінтеграції України також було прийнято Закон України «Про метрологію та метрологіч-

³ Про захист людини від впливу іонізуючого випромінювання: Закон України від 14 січня 1998 року. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 22. Ст.115.

⁴ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 року. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 32. Ст. 314.

⁵ Угода про збереження афро-євразійських мігруючих водно-болотних птахів від 16 червня 1995 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_934.

⁶ Про ратифікацію Угоди про збереження афро-євразійських мігруючих водно-болотних птахів: Закон України від 04 липня 2002 року. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 36. Ст. 268.

⁷ 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>.

⁸ 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.

⁹ 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 червня 2014 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

¹⁰ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 року. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 40. Ст. 2021.

ну діяльність»¹ від 05 червня 2014 року, який регулює відносини, що виникають в процесі провадження метрологічної діяльності. Згідно ст. 3 даного Закону до сфери законодавчо регульованої метрології, зокрема, належать такі види діяльності: 1) забезпечення захисту життя та охорони здоров'я громадян; 2) контроль якості та безпечності харчових продуктів і лікарських засобів; 3) контроль стану навколишнього природного середовища.

Коли йдеться про компетенцію Європейського Союзу в сфері охорони довкілля, то з'являється такий термін як «дуалізм компетенції»². Він полягає в тому, що повноваження у сфері навколишнього середовища надаються Європейському Співтовариству установчим договором для досягнення безпосередньо цілей екологічної політики Європейського Співтовариства (ст. 174-176 Договору про заснування Європейського Співтовариства), а також для досягнення цілей підтримки функціонування внутрішнього ринку (ст. 95 цього ж Договору).

Норми первинного права мають пряму дію на території держав-членів Європейського Союзу, вони є безпосереднім джерелом прав і обов'язків його суб'єктів. Проте, нормами прямої дії є лише ті норми установчих договорів, які є «чітко визначеними та не ведуть до широкої інтерпретації»³. Таке тлумачення норм первинного права дав Суд Європейських Співтовариств ще у 1978 році.

Важливе значення у сфері реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля має Паризька угода⁴ від 12 грудня 2015 року – це угода в рамках Рамкової конвенції ООН про зміну клімату (UNFCCC) щодо регулювання заходів зі зменшення викидів двоокису вуглецю з 2020 р. задля зменшення глобального потепління⁵. Паризька угода ратифікована відповідно до Закону України «Про ратифікацію Паризької угоди» від 14 липня 2016 року⁶.

На основі первинного права органи Європейського Союзу приймають норми вторинного права. До норм вторинного права ЄС належать директиви, регламенти, рішення, рекомендації та висновки. Стаття 249 Договору про заснування Європейського Співтовариства передбачає, що «для виконання своїх завдань та згідно з положеннями цього Договору, Європейський Парламент спільно з Радою, Рада і Комісія приймають регламенти, директиви і рішення та дають рекомендації й висновки». Отже, акти вторинного права приймаються органами Європейського Союзу на основі установчих договорів і є похідними, вторинними нормами відносно установчих договорів.

Директиви є головним, за обсягом, джерелом, у якому закріплені норми європейського права навколишнього середовища. Директиви використовуються для гармонізації національного права, тобто для введення спільних основ правового регулювання у конкретних сферах суспільного життя. Вони визначають цілі та результати, яких необхідно досягти. Держави-члени вільні у виборі засобів для їх досягнення, тобто мають простір для власного правового регулювання⁷.

Для покращення імплементації було введено систему звітування держав-членів щодо імплементації директив⁸. Держави-члени зобов'язані кожні три роки подавати Європейській Комісії звіт про прогрес, досягнутий в імплементації директив для кожного конкретного сектора. Комісія, відповідно, після отримання звітів усіх держав-членів робить загальний звіт, що стосується конкретного сектора. Наприклад Звіт про імплементацію законодавства Співтовариства з питань відходів⁹.

Екологічні справи, що розглядаються Судом ЄС, можна поділити на дві групи: спори між Європейською Комісією та державами-членами чи між інституціями ЄС і розгляд преюдиційного характеру щодо тлумачення права ЄС.

У судових рішеннях було закріплено низку важливих положень, зокрема, Суд ЄС закріпив найважливіші елементи прецедентного права в сфері охорони довкілля, зокрема щодо обов'язку держав-членів

¹ Про метрологію та метрологічну діяльність: Закон України від 05 червня 2014 року. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 30. Ст. 1008.

² Калиниченко П.А. Охрана окружающей среды в деятельности Европейского Сообщества (международно-правовой аспект). Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. Москва. 2001 г. URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/avtoref/kalinitchenko.htm>

³ Judgment of the Court of 19 December 1968. SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade, Rome. Reference for a preliminary ruling: Corte d'appello di Roma — Italy. Case 13-68. // [1968] ECR 453.

⁴ PARIS AGREEMENT, December 12, 2015. URL: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf

⁵ Паризька угода від 12 грудня 2015 року. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Паризька_угода_\(2015\)](https://uk.wikipedia.org/wiki/Паризька_угода_(2015))

⁶ Про ратифікацію Паризької угоди: Закон України від 14 липня 2016 року. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 35. Ст. 595.

⁷ Микієвич М.М., Андрусевич Н.І., Будякова Т.О. Європейське право навколишнього середовища. Навчальний посібник. Львів, 2004. С. 54

⁸ Директива Ради 91/692/ЄЕС від 23 грудня 1991 року про стандартизацію та раціоналізацію звітів щодо імплементації певних Директив, що стосуються навколишнього середовища.// OJ L 377, 31.12.1991.

⁹ COM/99/0752 final.

визначати особливі заповідні зони та надавати правовий статус для їх охорони, що мав би обов'язкову юридичну силу для усіх національних органів¹⁰.

У вищезгаданому контексті важливим є також прийняття Закону України «Про оцінку впливу на довкілля»¹¹ від 23 травня 2017 року, яким встановлено правові та організаційні засади оцінки впливу на довкілля, спрямованої на запобігання шкоді довкіллю, забезпечення екологічної безпеки, охорони довкілля, раціонального використання і відтворення природних ресурсів, у процесі прийняття рішень про провадження господарської діяльності, яка може мати значний вплив на довкілля, з урахуванням державних, громадських та приватних інтересів.

Даний Закон прийнято в контексті євроінтеграційної політики України, у ньому значно посилено роль інститутів громадянського суспільства у процесі оцінки впливу на довкілля порівняно з попереднім законодавством про екологічну експертизу. Так, у процесі оцінки впливу на довкілля громадськість, насамперед, має право на своєчасне, адекватне та ефективне інформування¹².

Важливою також є робота в Україні Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля¹³ - це автоматизована інформаційна система збору, оброблення, розгляду, накопичення, систематизації, зберігання та надання доступу до інформації і документів з оцінки впливу на довкілля.

Сучасною тенденцією взаємовідносин громадян і держави в Україні є те, що в Україні нині налагоджується електронна форма взаємовідносин (спілкування) громадян з органами публічної адміністрації, в тому числі й щодо роботи зі зверненнями громадян¹⁴. Поширення електронного врядування є важливою специфічною рисою в Україні. У даному контексті доцільно також створити єдині електронні інтерактивні онлайн мапи в мережі Інтернет на офіційних веб-ресурсах уповноважених центральних органів виконавчої влади щодо мапи лісів України, сміттєзвалищ України, земель сільськогосподарського призначення, з метою забезпечення ефективного громадського моніторингу щодо них та недопущення заповідання шкоди довкіллю, а також відшкодування заподіяної довкіллю шкоди. Адже чимало фактів незаконних вирубок лісів в Україні встановлюється завдяки онлайн інтерактивним картам, зокрема і сервісу Гугл (англ. – Google). Новітні технології потрібно використовувати з метою захисту довкілля, а також формування нових гарантій безпечного для життя і здоров'я довкілля в Україні.

Новітній етап еволюції правового регулювання реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні, пов'язаний з процесом євроінтеграції України має багато складнощів і викликів, але свідчить про поступове вдосконалення системи правового регулювання реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні. На цьому етапі вже суттєво покращено взаємодію інституцій громадянського суспільства та органів публічної влади у сфері сприяння реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в Україні.

Щодо сучасного стану забезпечення реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в контексті євроінтеграції України, доцільно зазначити про позитивний вплив Права ЄС, включаючи відповідні Директиви ЄС з питань безпечного для здоров'я і життя довкілля, на покращення законодавства України та підвищення ефективності державного управління.

Висновок: Динаміка України в Індексі екологічної ефективності за останні чотири роки є різноспрямованою. Так, в Індексі екологічної ефективності 2016 Україна зайняла 44 місце з показником 79,69 балів, а приріст показника України за останні два роки склав + 30,68 балів¹⁵, оскільки у 2014 році Україна в Індексі екологічної ефективності зайняла тільки 95 місце з показником 49,01 бали¹⁶. Проте, вже в Індексі екологічної ефективності 2018 Україна зайняла тільки 109 місце з показником 52,87 балів (- 26,82 балів)¹⁷. Тобто, з 2016 по 2018 року, на жаль, погіршилися показники екологічної ефективності України, зокрема внаслідок вирубки лісів, забруднення повітря, значних викидів оксиду сірки, оксиду азоту та метану, що негативно впливають на зміну клімату. Станом на 2020 рік Україна на 60 місці серед 180 країн світу, згідно з актуальним Індексом екологічної ефективності.

Важливими проблемами залишаються і відсутність доступу бізнесу до дешевих кредитів в Україні для технічної модернізації діючих підприємств, а також забруднення довкілля внаслідок бойових дій на Донбасі і техногенних катастроф, в тому числі внаслідок диверсій, зокрема підриви на військових складах бо-

¹⁰ C-166/97, Commission vs France [1999] ECR I-1719.

¹¹ Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 29. Ст. 315.

¹² Новий закон України про довкілля – вимога Євросоюзу, – експерт. URL: https://24tv.ua/noviy_zakon_ukrayini_pro_dovkillya__vimoga_yevrosoyuzu__ekspert_n900944

¹³ Реєстр ОБД. URL: <http://eia.menr.gov.ua/>

¹⁴ Коломоєць Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2011. С. 367.

¹⁵ 2016 Environmental Performance Index. New Haven, CT: Yale University, 2016. 123 p.

¹⁶ Country Rankings on the 2014 EPI. URL: <http://www.epi.yale.edu/epi/country-rankings>.

¹⁷ 2018 Environmental Performance Index. URL: <https://epi.envirocenter.yale.edu/downloads/epi2018policymakerssummaryv01.pdf>.

еприпасів, що спричиняє масові вибухи, а іноді і евакуацію цивільного населення, поблизу таких складів. Також важливим викликом сьогодення є і кліматичні зміни, які відбуваються у всьому світі.

Експерти наголошують, що наслідки глобальної зміни клімату стають все більш відчутними у державах-членах ЄС та Україні. За останні 20 років середньорічна температура зросла на 0,8°C, а середня температура січня та лютого – на 1-2°C, що призвело до змін у ритмі сезонних явищ – весняних паводків, початку цвітіння та випадіння снігу. Через зміну клімату погодні умови у нашому регіоні стають більш жорсткими. Посухи й повені не тільки почастишали, їх руйнівний вплив збільшується, як і наслідки для економіки (повені на Дунаї у 2005 р., на Дністрі й у Закарпатті у серпні 2008, посуха по всій Україні у 2007, рекордні снігопади на заході та центральній частині країни у березні 2013 та у грудні 2009 на півдні та в АР Крим)¹.

Сподіваємося, що у найближчий час ООН, ЄС, органи публічної влади України, інститути громадянського суспільства та окремі громадяни здійснюватимуть більше ефективних заходів у сфері боротьби із змінами клімату.

Ефективне функціонування системи правового регулювання реалізації права на безпечне для життя і здоров'я довкілля в контексті євроінтеграції України є важливою запорукою для забезпечення нормальної життєдіяльності людини, розвитку держави, суспільства, територіальних громад, сприяння розвитку економіки, туристично-рекреаційної галузі, подолання негативних наслідків екологічних катастроф та аварій; боротьби зі змінами клімату в Європі.

Анотація.

У контексті сучасного розвитку прав людини в Україні, розвитку громадянського суспільства, екологічних проблем в Україні велике значення досліджень мають питання специфіки реалізації права на безпечне та здорове довкілля в контексті євроінтеграції України. Серед природних прав людини важливим є також право на безпечне та здорове навколишнє середовище в Україні, без належного здійснення якого є важливим для забезпечення гідного життя людини. Багато екологічних катастроф було на території сучасної України, найбільша з них - це Чорнобильська катастрофа, негативні наслідки якої і сьогодні відчувають громадяни України. Тож забезпечення належної реалізації права на безпечне та здорове довкілля в Україні є важливим сьогодні.

Summary.

In the context of the modern development of the human rights in Ukraine, civil society development, environmental problems in Ukraine, the great importance of research has issues of specific of realisation of the right for safe and healthy environment in the context of eurointegration of Ukraine. Among the natural human rights important is also the right for safe and healthy environment in Ukraine without proper implementation of which is essential to ensure a dignified human life. Many environmental disasters were on the territory of modern Ukraine, the largest of them - is the Chernobyl disaster, the negative consequences which even today feel the citizens of Ukraine. So the ensuring of the proper realisation of the right for safe and healthy environment in Ukraine is important today.

References:

1. 2016 Environmental Performance Index. New Haven, CT: Yale University, 2016. 123 p.
2. 2018 Environmental Performance Index. URL: <https://epi.envirocenter.yale.edu/downloads/epi2018policymaker-ssummaryv01.pdf>.
- 3 C-166/97, Commission vs France [1999] ECR I-1719.
4. COM/99/0752 final.
5. Country Rankings on the 2014 EPI. URL: <http://www.epi.yale.edu/epi/country-rankings>.
6. Judgment of the Court of 19 December 1968. SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade, Rome. Reference for a preliminary ruling: Corte d'appello di Roma — Italy. Case 13-68. // [1968] ECR 453.
7. PARIS AGREEMENT, December 12, 2015. URL: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf
8. Гончаренко О.М. Права людини в Україні: навч. посіб. К.: Знання, 2008. С. 18.
9. Директива Ради 91/692/ЄЕС від 23 грудня 1991 року про стандартизацію та раціоналізацію звітів щодо імплементації певних Директив, що стосуються навколишнього середовища // OJ L 377, 31.12.1991.
10. Калиниченко П.А. Охрана окружающей среды в деятельности Европейского Сообщества (международно-правовой аспект). Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. Москва. 2001 г. URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/avtoref/kalinitchenko.htm>
11. Коломоєць Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2011. С. 367.

¹ Наслідки зміни клімату для України. URL: https://www.panda.org/uk/our_work/climate_change/climate_mitigation/climate_impacts_ua/.

12. 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>.
13. Микієвич М.М., Андрусевич Н.І., Будякова Т.О. Європейське право навколишнього середовища. Навчальний посібник. Львів, 2004. 256 с.
14. Наслідки зміни клімату для України. URL: https://www.panda.org/uk/our_work/climate_change/climate_mitigation/climate_impacts_ua/.
15. Новий закон України про довкілля – вимога Євросоюзу, – експерт. URL: https://24tv.ua/noviy_zakon_ukrayini_pro_dovkillya__vimoga_yevrosoyuzu__ekspert_n900944
16. Паризька угода від 12 грудня 2015 року. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Паризька_угода_\(2015\)](https://uk.wikipedia.org/wiki/Паризька_угода_(2015))
17. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 року. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 32. Ст. 314.
18. Про захист людини від впливу іонізуючого випромінювання: Закон України від 14 січня 1998 року. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 22. Ст.115.
19. Про метрологію та метрологічну діяльність: Закон України від 05 червня 2014 року. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 30. Ст. 1008.
20. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 29. Ст. 315.
21. Про ратифікацію Угоди про збереження афро-євразійських мігруючих водно-болотних птахів: Закон України від 04 липня 2002 року. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 36. Ст. 268.
22. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 року. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 40. Ст. 2021.
23. Про ратифікацію Паризької угоди: Закон України від 14 липня 2016 року. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 35. Ст. 595.
24. 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 червня 2014 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.
25. 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.
26. Угода про збереження афро-євразійських мігруючих водно-болотних птахів від 16 червня 1995 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_934
27. Реєстр ОВД. URL: <http://eia.menr.gov.ua/>
28. Шукліна Н.Г. Конституційно-правове регулювання прав і свобод людини і громадянина в Україні (проблеми теорії та практики): Монографія. К.: Центр навчальної літератури, 2005. С. 297.

Vasilchuk Larisa,

Ph.D. Associate Professor

constitutional law and comparative jurisprudence

Faculty of Law, Uzhhorod National University

university

Formalized national normative sources of administrative law

Формалізовані національні нормативні джерела адміністративного права

Капран Руслан

Key words:

sources of law, sources of administrative law, formalized sources of law, informal sources of law, regulations.

Ключові слова:

джерела права, джерела адміністративного права, формалізовані джерела права, неформалізовані джерела права, нормативно-правові акти.

Постановка проблеми. Однозначне вирішення питання, що є джерелами тієї чи іншої галузі права, має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення, адже від цього часто залежить ефективний захист прав суб'єктів (учасників) відповідних суспільних відносин. Наразі маємо констатувати відсутність єдиного уніфікованого підходу у доктрині адміністративного права до вирішення цього питання. Наукові позиції щодо цього можна представити у вигляді двох напрямів пошуків науковців, коли одні автори перелічують конкретні джерела, які, як правило, є актами-документами різної юридичної сили, що походять від різних суб'єктів, а інші пропонують певну систематизацію цих джерел, поділяючи джерела права (джерела конкретної галузі права) на блоки, і вже в межах кожного з них надають переліки конкретних джерел. Перший підхід, на наш погляд, є дещо спрощеним, і вже не в повній мірі відповідає сучасному розвитку суспільних відносин, відображає, здебільшого, лише нормативний рівень джерел. Але і в нормативній частині таких джерел, де нібито все більш-менш зрозуміло, час від часу виникають питання про те, норми яких актів слід застосовувати, які норми мають пріоритет у разі колізій та інші подібні. Щодо ненормативної частини джерел адміністративного права дискусійних питань набагато більше. І в цій частині можемо констатувати значне розмаїття поглядів щодо елементів системи джерел. Підтримуючи загалом систематизований (щодо поділу джерел) погляд на джерела адміністративного права, маємо пропозиції щодо його вдосконалення з метою вироблення єдиного підходу до розуміння джерел адміністративного права та зручної (з погляду її використання) системи таких джерел.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наукова проблематика джерельної бази у доктрині адміністративного права завжди була і наразі залишається актуальною. За час розвитку цієї галузевої науки сформувалось декілька підходів до визначення як самого поняття «джерела адміністративного права», так і до переліку цих джерел. Дослідження вказаної проблематики є неможливим без урахування її розвитку у загальній теорії права, адже поняття «джерела адміністративного права» є похідним поняттям, певною деталізацією (з позиції галузевої спрямованості правового регулювання) поняття «джерела права». Одним з напрямів, який можна простежити у працях таких авторів, як В.В. Головченко, В.С. Ковальський¹, О.В. Зайчук, О.Л. Копиленко, Н.М. Оніщенко, О.П. Орлюк, Ю.В. Зайчук, О.С. Захарова, А.М. Мірошніченко, О.Д. Сокурченко², В.К. Колпаков³, Т.О. Коломоєць, Ю.В. Пирожкова, П.С. Лютіков, І.О. Сквірський, Р.О. Кукурудз, О.Ю. Меліхова⁴, В.В. Доненко⁵ та чимало інших, є розуміння «джерел права (джерел адміністративного

¹ Головченко В. В., Ковальський В. С. Юридична термінологія: Довідник. Київ : Юрінком Інтер, 1998. С. 42.

² Сучасна правова енциклопедія / О. В. Зайчук та ін. / за заг. ред. О. В. Зайчука ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 95.

³ Курс адміністративного права України: підручник / Колпаков В. К. та ін. / за ред. В. В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. С. 33.

⁴ Словник базової термінології з адміністративного права: навчальний посібник / за заг. ред. Т. О. Коломоєць. Київ : Істина, 2010. С. 58; Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2011. С. 20; Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. Т. 1. Загальна частина / ред. колегія В. Б. Авер'янов (голова) та ін. Київ : Видавництво «Юридична думка», 2004. С. 141.

⁵ Адміністративне право України: словник термінів / Андреева Д. Є. та ін. / за заг. ред. Т. О. Коломоєць, В. К. Колпакова. Київ : Ін Юре, 2014. С. 117-118.

права)» як певної форми вираження і закріплення норм права. Оскільки ключовим у даному розумінні є «форма (вираження і закріплення)», у подальшому будемо позначати такі джерела як «формалізовані», адже відповідна назва вже використовується в окремих сучасних виданнях як із загальної теорії права, так і з адміністративного права. За другим напрямом, поняття «джерела права (джерела адміністративного права)» тлумачать як певну причину, яка зумовлює появу правових норм, а один з прикладів такого розуміння наведений у книзі першій «Філософія та енциклопедія права в університеті святого Володимира»⁶. У сучасних виданнях тенденцією є певне інтегроване поєднання обох цих підходів з розкриттям специфіки кожного⁷. Отже, до цього часу у вітчизняній правовій літературі не сформувався єдиного підходу до розуміння поняття та переліку джерел як права загалом, так і джерел його окремих галузей, серед яких вагоме місце займає адміністративне право.

Мета статті – на підставі аналізу різноманітних доктринальних джерел із загальної теорії права та адміністративного права розвинути наукові підходи щодо поділу джерел адміністративного права на формалізовані та неформалізовані з акцентом на доцільності розширення змісту «формалізованої» частини джерел та окресленням їх специфіки.

Виклад основного матеріалу. Наведені вище приклади розуміння «джерела права», «джерела адміністративного права», є переважаючими, натомість у різних довідникових, навчальних, наукових та інших виданнях можна знайти інформацію про наявність й інших підходів до розуміння базового поняття «джерела права», а, оскільки, поняття «джерела адміністративного права», як вже зазначалось, є похідним від цього базового, до нього також можуть бути застосовані відповідні підходи. Це, зокрема: 1) формально-юридичне розуміння, яке відповідає першому з окреслених вище підходів; матеріальне розуміння, яке відповідає другому з наведених вище підходів; ідеологічне розуміння (наукові, релігійні та інші погляди, теорії та концепції права); генезисне розуміння (вид соціальних норм, який став взірцем для створення правових приписів (мораль, релігія, звичаї тощо)⁸; 2) розуміння джерел права як правоутворюючої сили; розуміння джерел як пам'яток історії, судових справ, звичаїв; як виду діяльності державних органів з утворення правових норм; як матеріалів, що взяті за основу того чи іншого законодавства; як способу зовнішнього виразу і існування права⁹. Якщо ж виходити з тлумачення змісту загального слова «джерело», яке надається у тлумачних та інших словниках української мови, його розуміють як основа чого-небудь; вихідне начало; з чого (звідки) довідуються про що-небудь¹⁰. Також наявні видання, в яких визначення поняття «джерела права» є звуженим порівняно із тих переліком, який наводиться після цього визначення. Так, наприклад, визначаючи джерела права як офіційні способи вираження і закріплення змісту правових норм¹¹, у переліку цих джерел крім нормативно-правового акту серед іншого також називається й права доктрина, яка надалі визначається як «літературні джерела права, наукові праці авторитетних учених правознавців на які здійснюється посилання при розгляді юридичної справи через брак необхідної норми...»¹². Натомість це суперечить змісту запропонованої дефініції, в якій йдеться лише про наявні правові норми.

Як вже зазначалось, у сучасних наукових та інших виданнях набуває поширення підхід, за яким відмежовуються «джерела» та «форми» права (адміністративного права), та виокремлюються формалізовані (національні та міжнародні) і неформалізовані джерела адміністративного права, а також спостерігається тенденція віднесення до джерел й судових рішень¹³.

Аналіз тих джерел права (адміністративного права), які відносять до формалізованих, свідчить, що під ними (формалізованими джерелами) розуміють нормативні акти різної юридичної сили, які часто подаються у вигляді певного переліку, розташованого з урахуванням критеріїв «юридична сила» та «суб'єкт видання». Як правило, це своєрідне «сходження» від найвищого за юридичною силою нормативного акту – Конституції України до найменшого за юридичною силою нормативного акту, і при цьому, у межах цього переліку представлено декілька секторів, що відповідають побудові державної влади в Україні. Це зако-

⁶ Гриценко І. С., Короткий В. А. Філософія та енциклопедія права в університеті святого Володимира: у двох книгах / за ред. І. С. Гриценка. Київ : «Либідь», 2011. Книга перша. С. 336.

⁷ Див., напр.: Мельник Р. С., Бевзенко В. М. Загальне адміністративне право: навчальний посібник / за заг. ред. Р. С. Мельника. Київ : Ваіте, 2014. С. 89-90; Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. С. 152-170.

⁸ Правознавство: словник термінів: навчальний посібник / за редакцією В. Г. Гончаренка. Київ : Юрисконсульт, КНТ, 2007. С. 155.

⁹ Загальна теорія держави і права. Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. С. 178.

¹⁰ Великий тлумачний словник української мови / упоряд. Ковальова Т. В. Харків : Фоліо, 2005. С. 142.

¹¹ Тлумачний словник з теорії держави і права / Авт.-упоряд. К.Г. Волинка. Київ : Магістр XXI сторіччя, 2006. С. 103.

¹² Тлумачний словник з теорії держави і права / Авт.-упоряд. К.Г. Волинка. Київ : Магістр XXI сторіччя, 2006. С. 108.

¹³ Див., напр.: Мельник Р. С., Бевзенко В. М. Загальне адміністративне право: навчальний посібник / за заг. ред. Р. С. Мельника. Київ : Ваіте, 2014. С. 90.

нодавчі акти (суб'єкт – законодавець, зокрема Верховна Рада України), акти Президента України, акти виконавчої гілки влади з усім розмаїттям її суб'єктів.

Не представлена у цьому переліку суб'єктів державної влади судова гілка, що пов'язане із тим, що нормативні акти цим суб'єктом не видаються. Натомість судова практика в якості джерел права (адміністративного права) визнається, щоправда судові рішення не відносять до формалізованих джерел. Вважаємо, що, говорячи про «формалізовані джерела», основним у цій мовній конструкції є «форма» (форма формалізована). Щодо судової гілки влади слід зазначити, що у процесі її функціонування з'являються певні акти-документи, і не лише судові рішення, які з'являються у процесі судового розгляду конкретної справи, і які також можуть бути різноманітними за назвою (рішення, постанови, ухвали тощо), але й і інші акти-документи, якими, наприклад, узагальнюється судова практика або надаються роз'яснення судам. Поєднує їх те, що всі вони не є нормативними, на що слід зважати, але мають форму акту-документу, а, отже, на наш погляд, їх можна віднести до блоку «формалізовані джерела права (адміністративного права)». Тобто, якщо вести мову саме про «форму вираження і закріплення» як зміст поняття «джерела права (адміністративного права)», у цьому блоці слід виокремлювати формалізовані нормативні джерела та формалізовані ненормативні джерела. До останніх ми й пропонуємо включати акти-документи судової гілки влади. Додамо також, що у тих виданнях, де не проводиться поділ джерел адміністративного права на формалізовані та неформалізовані, а джерела визначаються як зовнішні форми вираження адміністративно-правових норм, до таких джерел пропонується відносити акти судових органів¹ та акти союзного законодавства, які є чинними, за умови, що вони не суперечать Конституції та законодавству України (до прийняття аналогічних документів органами України²).

Формалізованими нормативними є джерела, які, по-перше, виходячи з їх назви, представлені у певній формі (формі акту-документу), а, по-друге, є нормативно-правовими. У цьому блоці крім узагальненого поділу в залежності від приналежності до нормативної бази тієї чи іншої держави (національні та міжнародні), градацію також можна проводити за певними критеріями, серед яких: 1) різновид документа (закон, декрет, указ, розпорядження (не завжди є нормативно-правовим актом), постанова, наказ, інструкція, положення, правила тощо); 2) суб'єкт видання (у межах цього блоку також можна деталізувати з більшим чи меншим ступенем деталізації, наприклад, це може бути доволі узагальнений поділ на «акти законодавчої гілки влади», «акти Президента України», «акти виконавчої гілки влади» тощо. Також слід зважати на відмінність у поняттях «державна влада» та «публічна влада», а, відтак, класифікуючи «джерела права (адміністративного права)» як акти-документи (нормативно-правові) органів публічної влади, що є більш широким поняттям порівняно із «органи державної влади», у відповідному переліку джерел можна вже додавати й акти органів місцевого самоврядування (лише ті, що мають нормативний зміст, тобто є нормативно-правовими, а не правозастосовчими).

Слід вказати на таку особливість формалізованих національних нормативних джерел, як їх комплексність (з погляду на галузеву спрямованість регулюючого впливу норм відповідного нормативного акту), тобто поєднання в одному нормативному акті норм, якими регулюються різні сфери суспільних відносин, а, відтак, можливість віднесення одного і того ж нормативного акту до джерел різних (декількох) галузей вітчизняного права. Інший бік «комплексності» має Конституція України, яка є джерелом всіх галузей права. Як вірно зазначає В.М. Бевзенко: а) всі розділи Конституції України у тій чи іншій мірі є основою для формування норм адміністративного права або правилами, якими суб'єкти публічної адміністрації керуються у своїй діяльності; б) Конституція України є джерелом адміністративного права в частині тих своїх норм, які закріплюють права приватних осіб, визначають обов'язки цих осіб у сфері публічного адміністрування, встановлюють обов'язки суб'єктів публічної адміністрації, визначають організаційну побудову органів публічної влади та закріплюють повноваження суб'єктів публічної адміністрації³.

У тих виданнях, де в якості джерел адміністративного права лише перелічуються нормативні акти, обґрунтовується позиція про утворення ними певної специфічної системи, компоненти якої пов'язані між собою⁴. Система, зазвичай, має ознаки, серед яких найчастіше виокремлюють такі, як: наявність певної основи (заснованість на нормах чинної Конституції і чинних законів)⁵. Щодо вказаного слід зауважити, що якщо мова йде про систему у цілому, то ознаки цієї системи мають стосуватись кожної з її складових, а у

¹ Див., напр.: Курс адміністративного права України: підручник / Колпаков В. К. та ін. / за ред. В. В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. С. 33.

² Див., напр: Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2011. С. 20.

³ Мельник Р. С., Бевзенко В. М. Загальне адміністративне право: навчальний посібник / за заг. ред. Р. С. Мельника. Київ : Ваіте, 2014. С. 91, 92.

⁴ Див., напр.: Курс адміністративного права України: підручник / Колпаков В. К. та ін. / за ред. В. В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. С. 34.

⁵ Курс адміністративного права України: підручник / Колпаков В. К. та ін. / за ред. В. В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. С. 34.

наведеному вище прикладі вказана ознака стосується майже всіх, але не всіх її елементів, адже перший елемент (Конституція) та частково другий елемент (інші закони) при наведеному підході не мають такої «бази», на якій вони засновуються, адже самі є такою базою (другий елемент частково, в залежності від сфери регулювання відповідного закону, може мати в якості такої бази перший, натомість перший елемент такої первісної нормативної бази-основи не має). Отже, ця ознака не є універсальною (у сенсі такою, що стосується кожного елемента системи).

Наступна ознака, яка виокремлюється як ознака системи нормативних джерел адміністративного права, є певною варіацією першої, але характеризує «погляд з іншого кута». Йдеться про суб'єктів видання того чи іншого джерела-елемента системи нормативних джерел адміністративного права, з акцентуванням на тому, що нормативні акти вищих органів є юридичною базою для нормативних актів органів нижчого підпорядкування, які, у свою чергу, також є джерелами адміністративного права⁶. Щодо вказаного зазначимо, що наведена ознака діє лише автономне щодо кожної гілки влади, тобто про певну ієрархію можна стверджувати лише в межах конкретного блоку, наприклад, «виконавча гілка влади». Такий висновок можна зробити з того, що кожна з гілок державної влади є незалежною одна від одної, а, отже, як правило, неможливо вести мову про відносини підпорядкування. Тобто, вказана ознака теж не є універсальною, хоча може бути визнана «субознакою» у межах певних блоків системи нормативних джерел адміністративного права. І, нарешті, третя ознака – юридична сила та «вагомість» того чи іншого джерела, яка представлена у навчальних виданнях як «більша юридична сила нормативних актів вищих органів порівняно із актами, що приймаються суб'єктами нижчого підпорядкування»⁷, може стосуватись елементів системи а, відтак, з її виокремленням слід погодитись.

Свого часу (2007 р.) А.М. Школиком було виокремлено певні особливості джерельної (в частині нормативної її складової) бази адміністративного права, окремі з яких є актуальними й наразі. Так, серед вказаних цим автором недоліків були: різноманітність та значний обсяг (як у кількісному (велика кількість), там і у якісному (величезний розмір самих актів) аспектах; відсутність загальних кодифікованих актів; особливість ролі підзаконних нормативних актів⁸. Декілька слів зазначимо стосовно першого аспекту. Наведена ознака не лише не зникла із часом, а, навпаки, постійно актуалізується, що зумовлено наявністю тісного зв'язку джерел галузі із її предметом. Як відомо, останнім часом надзвичайно актуальним та активно обговорюваним юристами-адміністративістами є питання трансформації предмета адміністративного права. Загальною тенденцією у зміні поглядів науковців є розширення обсягу суспільних відносин, які підпадають під сферу регулювання його галузевих норм, що можна представити у вигляді обґрунтування нових підгалузей адміністративного права, до яких включаються ті суспільні відносини, які традиційно визнавались в якості самостійних галузей права. Прикладом подібних міркувань є праця В.М. Бевзенка «Адміністративно-земельне право», в якій він зазначає, що адміністративне право «проникає» в інші галузі права, «приводить їх у дію»: цивільне право, господарське право, екологічне право, земельне право, фінансове право, кримінальне право, кримінально-процесуальне право, конституційне право тощо⁹. А чим ширше коло суспільних відносин, які регулює та чи інша галузь права, тим більше формалізованих нормативних джерел ця галузь має, що й обумовлює таку особливість формалізованих нормативних джерел адміністративного права, як їх постійно зростаюча кількість (тобто численність).

Висновки. Підсумовуючи огляд питань, пов'язаних із дослідженням змісту поняття та різновидів джерел адміністративного права, зазначимо, що, підтримуючи у цілому поділ відповідних джерел у сучасних виданнях на формалізовані та неформалізовані, вважаємо доцільним запропонувати розгляд формалізованих джерел у більш широкому розумінні, аніж наразі пропонується у різних наукових та доктринальних виданнях, в яких назва «формалізовані», виходячи з аналізу переліку тих джерел, які до них відносять, пов'язується із категорією «форма», але лише в аспекті форми як певного різновиду нормативно-правового акту, в якому закріплена норма права. Ми ж виходимо з більш широкого розуміння поняття «форма», прив'язуючи її до юридичних актів-документів загалом, а не лише нормативної їх частини. У зв'язку із чим пропонуємо певну деталізацію формалізованих джерел на нормативні та ненормативні. Нормативна частина цього блоку джерел пов'язується із градацією таких джерел за суб'єктами видання та юридичною силою. В межах такого поділу можуть бути різні варіації класифікацій відповідних джерел (наприклад, за критерієм «різновид нормативного акту» можна виокремлювати такі нормативні акти-документи, які є джерелами права (адміністративного права), як закон, декрет, указ, розпорядження, постанова, наказ тощо; за критерієм «суб'єкт видання» у переліку актів-документів органів публічної влади можна наводити акти конкретних органів чи посадових осіб. Це змінює місце судових рішень у системі джерел адміністративного права. Наразі у сучасних наукових та інших доктринальних виданнях судова практика визнається в якості одного з джерел пра-

⁶ Курс адміністративного права України: підручник / Колпаков В. К. та ін. / за ред. В. В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. С. 34.

⁷ Курс адміністративного права України: підручник / Колпаков В. К. та ін. / за ред. В. В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. С. 34.

⁸ Школик А. М. Порівняльне адміністративне право: навч. посіб. для юрид. фак. та фак. міжнар. відн. Львів : ЗУКЦ, 2007.

⁹ Бевзенко В. М. Адміністративно-земельне право України : навчальний посібник. Київ : Алерта, 2015. С. 5.

ва загалом і адміністративного права зокрема. Натомість її не відносять до формалізованих джерел, адже акти-документи судової гілки влади є або правозастосовчими актами, або актами тлумачення. Здійснюючи поділ формалізованих джерел на два великих блоки «нормативні формалізовані джерела» та «ненормативні формалізовані джерела», акти-документи судової гілки влади можуть зайняти належне місце у блоці «ненормативні формалізовані джерела адміністративного права». Формалізовані нормативні джерела можуть бути поділені, у свою чергу, на національні та міжнародні. Деталізований аналіз цих блоків та відповідних джерел у цих блоках є перспективним напрямом подальших наукових розробок щодо класифікації джерел адміністративного права. Крім цього, актуальним питанням є виокремлення та обґрунтування уніфікованих ознак системи формалізованих національних нормативних джерел, адже наявні у наукових джерелах ознаки здебільшого не мають універсального (тобто такого, що притаманний всім джерелам) характеру.

Анотація.

У статті на підставі узагальненого аналізу наукових підходів до визначення джерел адміністративного права сформульовано авторське бачення системи таких джерел, яке полягає у зміні місця актів-документів судової гілки влади у цій системі. Підтримуючи у цілому новітній підхід до поділу джерел адміністративного права на формалізовані та неформалізовані, який набуває поширення у наукових та інших доктринальних джерелах адміністративного права, автором обґрунтовується доцільність розширювального тлумачення поняття «формалізовані джерела», яке базується на «широкому» розуміння поняття «форма». За традиційним підходом це поняття пов'язується лише із національними або міжнародними нормативними джерелами, до числа яких можуть включатися лише акти-документи нормативного змісту. Пропонується поділ формалізованих джерел адміністративного права на «формалізовані нормативні (національні та міжнародні) джерела» та «формалізовані ненормативні джерела». Далі автором деталізується, які конкретні джерела можуть бути віднесені до формалізованих нормативних джерел. Зокрема вказується, що нормативна частина блоку формалізованих джерел пов'язується із поділом таких джерел за суб'єктами видання та юридичною силою. В межах такого поділу можуть бути різні варіації класифікацій відповідних джерел (наприклад, за критерієм «різновид нормативного акту» можна виокремлювати такі нормативні акти-документи, які є джерелами права (адміністративного права), як закон, декрет, указ, розпорядження, постанова, наказ тощо; за критерієм «суб'єкт видання» у переліку актів-документів органів публічної влади можна наводити акти конкретних органів чи посадових осіб). Акти-документи судової гілки влади пропонується відносити до формалізованих ненормативних джерел. Зміна місця судових рішень у системі джерел адміністративного права полягає у тому, що наразі у сучасних наукових та інших доктринальних виданнях судова практика хоча і визнається в якості одного з джерел адміністративного права, натомість її не відносять до формалізованих джерел, адже акти-документи судової гілки влади є або правозастосовчими актами, або актами тлумачення.

Summary.

The article, based on a generalized analysis of scientific approaches to determining the sources of administrative law, formulates the author's vision of the system of such sources, which is to change the place of acts-documents of the judiciary in this system. Supporting in general the latest approach to the division of sources of administrative law into formalized and informal, which is becoming widespread in scientific and other doctrinal sources of administrative law, the author justifies the expediency of broadening the concept of "formalized sources", which is based on "broad" understanding of "form". According to the traditional approach, this concept is associated only with national or international normative sources, which may include only acts-documents of normative content. The division of formalized sources of administrative law into "formalized normative (national and international) sources" and "formalized non-normative sources" is proposed. Next, the author details which specific sources can be referred to formalized normative sources. In particular, it is indicated that the normative part of the block of formalized sources is associated with the division of such sources by the subjects of the publication and legal force. Within this division there may be different variations of classifications of relevant sources (for example, the criterion of "type of normative act" can be distinguished such normative acts-documents that are sources of law (administrative law), such as law, decree, order, resolution, order etc., according to the criterion of "subject of publication" in the list of acts-documents of public authorities can be acts of specific bodies or officials). Acts-documents of the judicial branch of power are proposed to be referred to formalized non-normative sources. The change in the place of court decisions in the system of sources of administrative law is that nowadays in modern scientific and other doctrinal publications judicial practice, although recognized as one of the sources of administrative law, instead does not refer to formalized sources, because acts-documents of the judiciary are either law enforcement acts or acts of interpretation.

References:

1. Головченко В. В., Ковальський В. С. Юридична термінологія: Довідник. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 224 с.
2. Сучасна правова енциклопедія / О. В. Зайчук та ін. / за заг. ред. О. В. Зайчука ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 384 с.

3. Курс адміністративного права України : підручник / Колпаков В. К. та ін. / за ред. В. В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 808 с.
4. Словник базової термінології з адміністративного права : навчальний посібник / за заг. ред. Т. О. Коломоєць. Київ : Істина, 2010. 240 с.
5. Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2011. 576 с.
6. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. Т. 1. Загальна частина / ред. колегія В. Б. Авер'янов (голова) та ін. Київ : Видавництво «Юридична думка», 2004. 584 с.
7. Адміністративне право України : словник термінів / Андрєєва Д. Є. та ін. / за заг. ред. Т. О. Коломоєць, В. К. Колпакова. Київ : Ін Юре, 2014. 520 с.
8. Гриценко І. С., Короткий В. А. Філософія та енциклопедія права в університеті святого Володимира: у двох книгах / за ред. І. С. Гриценка. Київ : «Либідь», 2011. Книга перша. 500 с.
9. Мельник Р. С., Бевзенко В. М. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / за заг. ред. Р. С. Мельника. Київ : Ваіте, 2014. 376 с.
10. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.
11. Правознавство: словник термінів: навчальний посібник / за ред. В. Г. Гончаренка. Київ : Юрисконсульт, КНТ, 2007. 636 с.
12. Загальна теорія держави і права. Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
13. Великий тлумачний словник української мови / упоряд. Ковальова Т. В. Харків : Фоліо, 2005. 767 с.
14. Тлумачний словник з теорії держави і права / Авт.-упоряд. К.Г. Волинка. Київ : Магістр XXI сторіччя, 2006. 112 с.
15. Школик А. М. Порівняльне адміністративне право : навч. посіб. для юрид. фак. та фак. міжнар. відн. Львів : ЗУКЦ, 2007. 308 с. URL: <https://sci-lib.biz/pravo-zarubejnyih-administrativnoe/125-djerela-administrativnogo-45331.html>.
16. Бевзенко В. М. Адміністративно-земельне право України : навчальний посібник. Київ : Алерта, 2015. 180 с.

Kapran Ruslan,

*postgraduate student of the department of administrative and customs Law,
University of Customs and Finance*

Autonomy of law as a problem of understanding the social status of legal norms

Geselev Oleksiy

Key words:

Legal and other social regulatory standards; constitutive signs law; Identification of legal norms; the priority of the rule of law as a kind of social norms; the objective properties of the rule of law; principles of law as a social phenomenon; the phenomenon of law; inherent authority and power of the rule of law; anthropological dimension of law; communicative mechanism for the recognition of a legal definition of social norms; autonomy law; a new look at the nature and understanding of the law.

Actuality of theme.

Recently, the problem of legislative uncertainty, imperfection of many provisions of current legislation, which does not keep pace with the rapid changes that occur in public relations and reflected in the relevant legal reality, the existence of significant gaps and contradictions in the law, necessitates assessment of the legal situation and enforcement on the basis of other, non-normative views on law as a regulator of social relations. After all, it is known that a judge or an official of a law enforcement body acts on the implementation of the right under the conditions of internal conviction on the legal grounds for this. In the presence of the relevant rule of law, an assessment of the legal fact is provided and appropriate law enforcement decisions are made.

Priority for law enforcement is the confidence of its subject in the existence and correctness of the use of a rule of law to resolve a particular case. As a result, the need to understand what is really a right, what to consider a legal norm in each case and how to distinguish the rule of law from other social regulatory norms. The determining factor for this is the understanding of the constitutive features of law as a holistic integrated social phenomenon, which is not limited to its legislative form. Such an understanding is crucial in the current context of reforming the legal system of Ukraine, when the paradigm shift in approaches to law becomes purely practical in the administration of justice and in general, in the activities of law enforcement agencies. Awareness in law enforcement practice of law as a multifaceted phenomenon that has a common basis with other social norms, but differs from them by its special autonomous status, irreducibility of law solely to the actions and decisions of state bodies, contributes to its more effective use as the highest social regulator. Such a broad understanding of the law allows the law enforcer, even in situations of legislative uncertainty, to find a relevant rule, guided by other, illegitimate criteria and views on the law, ensuring in any case the protection of individual rights and freedoms.

The state of scientific research on this topic

The topic of understanding the essence, properties and dimensions of law as a phenomenon of social reality, various methodological approaches to the knowledge of law and the ontological bases of its existence is widely presented in the literature. Considerable attention was paid to these issues in the works of modern Ukrainian jurists, among which S. Alais, O. Boginich, O. Danilyan, O. Dzioban, O. Zaychuk, M. Kozyubra, O. Kopylenko, O. Kostenko, M. Kostytsky, L. Luts, S. Maksimov, I. Music, Yu. Oborotov, N. Onishchenko, N. Parkhomenko, P. Rabinovych, V. Selivanov, O. Skakun, S. Slyvka, O. Stovba, V. Plavych, M. Tsvik, Y. Shemshuchenko.

Problems of understanding the law, including integrative approaches to law as a social phenomenon, were studied by a number of foreign authors, in particular: S. Alekseev, R. Alexi, M. Baitin, V. Bachinin, G. Berman, V. Grafsky, G. Gurvich, O. Goffe, G. Kelzen, D. Kerimov, V. Kudryavtsev, O. Leist, V. Maltsev, L. Mamut, O. Martyshin, M. Marchenko, B. Nersesyants, P. Ol, R. Pound, A. Polyakov, V. Tumanov, L. Fuller, Y. Habermas, H. Hart, I. Chestnov, V. Chetvernin, L. Yavich.

The works of various authors identify and analyze the main types of legal understanding, in particular: normative, natural law, sociological, historical, and taking into account the current postmodern situation - integrative, dialogical and communicative.

Formulation of the problem

At the same time, in the available research the issues of understanding and perception of law as a system of social norms remain open, which objectively, regardless of the attitude to state bodies, have the highest potential for social regulation, the idea of law as a system of priorities compared to others. social norms, which therefore have their own special constitutive features and a separate status. Insufficient attention is also paid to how such institutional autonomy of law affects law enforcement activities, especially in cases of gaps and legislative uncertainty in the regulation of certain relations.

Given the above, the aim of the article is a conceptual analysis of the functioning of law as a holistic social phenomenon, the separation of those essential features of law as a system of norms of social regulation,

which are inherent in law as a separate phenomenon and distinguish law, despite common origins and certain features, from other social norms. The purpose of the analysis is also to determine the objective properties of law, through which the latter reveals its true fundamental humanistic orientation, able to be perceived as an autonomous institutional entity that is not in strict monopoly dependence on public authorities and whose genesis is not identified only with official activities. law-making bodies. Elucidation of how the multifaceted and diverse forms of manifestations of law affect the effectiveness of its regulatory function, especially during law enforcement practice.

Research results

To identify the rules of law is important as a general description of the rules of social regulation, that is definition of common features of the rules of law with other social norms, and the identification of those features and properties that are inherent exclusively in legal norms. Their presence is constant for the law, allows to distinguish law and legal norms from the general array of norms of social regulation, to identify them as law.

It should be noted at once that the constitutive features of law are not limited to ideas about the genesis of law due to the functional activities of competent public authorities and mandatory implementation of its rules only and in any case by state coercion, as required by normative ideas about the essence of law.

First of all, we must address the status of legal norms as such. Compared to other norms of social regulation, they are certainly dominant or paramount. This nature with an objective necessity is determined by the most important social relations, which are governed by the rule of law. Usually, those of the social norms that regulate the most important, important, in accordance with historical development and civilizational and cultural components, social relations in a particular society are recognized and objectified as legal. In particular, those that ensure the realization of fundamental life needs, interests, that is have a life-sustaining character. Legal norms are also those norms that establish the most important fundamental ideas and principles on which the basis of life of a certain society is based and by means of which these principles are realized in everyday life.

In addition, the dominant and essentially legal nature is given, among other things, to those norms that are most effective in terms of means of social regulation, that is given their highest rationality and expediency, best ensure the purpose of regulating certain relations.

Law and legal norms in themselves, by their internal immanent essence, have a potentially forceful character. Legal norms as such are characterized by the presence of force characteristics. Law is inseparable from force, that is from the ability characteristic of legal instruments to overcome the resistance of certain persons to the precepts of law by legal methods, is a forceful tool of social life¹. However, the predominant force or power of legal norms is connected, first of all, with their priority, prevailing character among other norms of social regulation, is a consequence of the similar status of these norms and one of the defining characteristics of law.

These forceful features are internally or by definition inherent in law as a social phenomenon, due to which it has self-sufficient authority. The authoritative instance to which the participants of legal relations are forced to turn for the realization of their needs and interests, in fact, is not a public authority with coercive powers². Such an authoritative instance is contained in the law itself. Law, by its internal logic, objective essence and content, is the authoritative instance that presupposes, determines and ensures the realization of the relevant rights and obligations. One can agree with the opinion that in the case when the use of the law is made dependent on an external instance, the law loses its inherent fundamental features and becomes a conditional privilege³.

Therefore, the force of law as their constitutive feature is not limited to the potential and authority of the state or its bodies. There is in fact no rigid monopoly between the authority of state bodies with their powerful coercive potential and legal norms, the formation and implementation of which are in constant social dynamics. The legitimacy of the use of state coercion itself, the definition of the state as an organization of the legitimate use of coercion indicates the purely legal preconditions for the emergence and existence of the latter. Appeal in some cases to ensure the exercise of the right to use state coercion is not a defining feature of the law and does not limit its autonomy.

It should be noted that state coercion is not a cause, but rather a consequence, the result of the law and its rules. Because the real reason for the formation and existence of law, in its final perception is directly and indirectly related to the human or anthropological dimension. That is, the law is created by people and for the sake of people who are in a single community and in constant communication with each other. They are, so to speak, doomed to create law and exist within the law as a regulator of social behavior. Similarly, the law is the result of this communication and cannot exist outside it.

However, the anthropological, communicative component is common to both law and other norms of social regulation. It is during and as a result of such communication that certain situations of typological behavior are created, either purposefully or spontaneously, the content of which is the realization of corresponding and

¹ Alekseev S.S. Philosophy of Law. - M.: Publishing house NORMA, 1997. -- 336 p.

² Permyakov Y.E. Philosophical foundations of jurisprudence: monograph / Y.E. Permyakov. - Samara: Samar. humanizes. acad., 2006.-- 248 p.

³ Pipes R. Property and freedom. Trans. from English. - M.: Library of the Moscow School of Political Studies, 2001.-- 415 p.

corresponding, interconnected and interdependent claims and obligations, that is certain rules are created. social behavior. In the future, the latter can be transformed into universally binding norms, the prescriptions of which are given priority by participants in social communication, among other regulatory norms. This already distinguishes, distinguishes such norms from other social norms, gives them a special priority status. At the heart of their regulatory action - not just general ideas about proper or appropriate behavior - but clearly defined, formalized in one way or another the rights and responsibilities of participants in communicative relations, in which such ideas are reproduced.

As a result, these already legal norms, which according to the results of this communication are recognized as having the highest significance and force, require additional, special guarantees of their observance in comparison with other social rules, including by means of coercive measures. Otherwise, there is a kind of substitution of causes and consequences that change places, and state coercion, or the state as an organization of the use of force, is determined almost by a single constitutional feature and a single source of law.

The above understanding of law is a consequence of the view of law, which implies the source of its origin, the recognition of members of a social group as a legal system of social regulatory norms that have priority over other norms and authority. This view emphasizes the origin of law and legal norms as a result of appropriate social interpersonal or intersubjective communication. At the same time, the pre-planned activity of state bodies to create legislative norms can be considered as one of its forms. Hence - the autonomous and self-sufficient nature of legal norms in relation to other social norms, as well as in relation to a particular order of their creation and implementation. Of particular importance is the recognition by these norms of the status of the individual in relation to the state and the community as a whole, the nature of the general principles and principles on which the whole system of law is based.

The systemic characteristics of social legal norms can include quite diverse and diverse regulatory norms, which are given priority, the highest authority and power. However, the qualitative, meaningful characteristics of such norms, in turn, are the result of certain civilizational, cultural, historical, national, traditional factors, depends on the nature and level of legal and political consciousness that is achieved in each society. By deriving the right exclusively from the state authority, we artificially point out its subordinate and secondary character, deprive the right of its autonomy and self-sufficiency.

For example, even under the conditions of supposedly clear formal definition of the rules of criminal procedural law, during law enforcement practice to confirm the validity and legitimacy of these rules have to constantly refer not only to their legislative definition, but also take into account compliance with these principles and principles of law. in international legal acts, conclusions of international and European judicial institutions, the Constitution, judicial precedents, etc.

According to Habermas Y., law, which is considered a social institution, is legal norms that cannot be legitimized only through the formal procedure of their creation, for example, the basic provisions of constitutional law, the principles of criminal law and criminal procedure, and so on. As the validity of these norms is constantly questioned in everyday practice, the reference to their formal legality (such as a result of the creation through an officially recognized procedure by the competent state authorities) is insufficient. They need material justification, as they affect the order of the «world of life» and together with informal norms of behavior create the basis for socially integrated communicative actions¹.

Confirming the autonomous nature of law, its self-sufficient authority, we thus affirm the autonomy of the individual as the main source of creation and recognition of the rule of law, define as the second dominant feature of law its humanitarian anthropological dimension. This dimension assumes that the law is created as a result of communicative discourse during the intersubjective interaction of participants in social relations, as a result of which certain norms of social regulation are given the character of legal norms, or the latter are recognized as such.

Understanding and recognition of these constitutional features of law is an effective prerequisite that prevents the manifestations of any arbitrariness, both by the state and by individuals, groups, institutions, and so on. Understanding the anthropological dimension of law as a source of its autonomy is harmoniously correlated with natural law ideas about the basis of law in innate human rights and freedoms, given to him by the very fact of birth, and not given to anyone. The concept of law, which appeared in modern times, included everything that had the highest value for man, whether property or non-property nature, everything that man can call «his», that is, that belongs to the individual as such. In substantiating this understanding of law, there was a general recognition that these rights are natural, appeared earlier from the state and, as a consequence, do not depend on it².

These innate, inalienable and inherent human rights and freedoms can be manifested and realized by creating and maintaining by their social practice the norms of social regulation, first of all, those that are recognized as

¹ Habermas J. Reconciliation through the public use of reason. Remarks on the political liberalism of John Rawls // Problems of Philosophy. 1994. № 10. P. 53.

² Pipes R. Property and freedom. Trans. from English. - M.: Library of the Moscow School of Political Studies, 2001.-- 186 p.

legal. Relevant activity of representatives of competent state institutions with such an understanding is only one of the types of such public practice.

Civil law society as a necessary prerequisite for a democratic rule of law and social state, in which the principle of the rule of law operates, where spontaneous and rational principles, freedom and order are balanced in their essence provides for the possibility of various alternative sources of origin and legal norms³. Norms that are recognized in society as legal can exist and be applied in fact, even in the absence of a separate sanction from the state in relation to them in the form of relevant legislation. This applies to the whole list of such rules, created primarily as a result of judicial and in general any precedent, law enforcement practice, customary law, all other rules that are binding and all other objective features of law, but at the moment operate outside their recognition or sanction for their use by public authorities.

It should be noted that the method of creating or originating legal norms, their recognition, the procedure for their legitimization and enforcement, does not always have the character provided by traditional ideas about the activities of relevant state institutions. At the same time, we are talking about the formation of legal norms with their inherent constant features.

The third constitutive feature of the rules of law is their internal structural definition in the form of interconnected and interdependent, corresponding rights and responsibilities of the parties to the relationship. However, it is a question of purely legal features of structural construction, internal registration of the above-stated principle «proper», «obligatory».

It should be noted that the existence of such a form of «proper» is inherent in any moral and ethical norms in the form of appropriate interdependent and corresponding claims and obligations. Otherwise, we would not be able to claim the existence of any ethical norms that define and guide behavior in society. In this case, they would not be norms as having a certain regulatory and authoritative social potential. It could only be a question of charitable activity, desirable behavior, which does not have any regulatory character and by definition cannot be considered normative, «norms».

At the same time, as a result of recognizing the priority, dominance of certain groups of social norms is their transformation, the transformation of interrelated claims and obligations that form the structural basis of any socio-regulatory norm, in clearly defined, specific rights and responsibilities participants in relations governed by them.

What is the structural basis and unites any social and regulatory norms, in the case of legal norms has such features as the presence of certain clearly defined rights and responsibilities of participants in public relations, which is characteristic of the law and distinguishes its rules, in whatever objectified form they did not exist in reality, among other social norms. At the same time, the recognition of the priority nature of legal norms requires special guarantees of their implementation, unconditional provision of the obligations of proper conduct defined in them. The result is the transformation and concretization of the requirements set out in them to the level of clearly defined rights and responsibilities of participants in legal communication.

Thus, legal norms are a kind of social-regulatory norms, but such norms, which by their internal nature and orientation as the most significant and priority, need special protection and guarantees compared to other social norms. This raises the question of the application of additional coercive measures to ensure the right.

The fourth well-known, classic feature of legal norms is their formal definition or external objectification, thanks to which we can refer to such a norm, plan the consequences of its implementation or violation. Formal certainty gives the nature of predictability of law, the ability of participants in social relations to predict their actions and their consequences.

One or another form of expression is inherent in any socio-regulatory norm, otherwise it would not be known at all about their existence, the social norm could not be the subject of discussion and implementation. However, it is the dominant nature of legal norms, the acquisition of certain socio-regulatory norms of legal nature, with the objective necessity of their acquisition of clearly defined external forms, their more specific institutional certainty compared to others. The consequence of this is also that the legally defined form is not the only form of law, as can be argued purely from the normative, statist ideas of law. On the contrary, the phenomenon of law as such, its internal essence precedes the law and other forms of external manifestation and existence of law.

Law can exist simultaneously in different institutional forms, and exist objectively, regardless of their official recognition. The authority of law and its autonomy is determined by a non-legal institution, which in part arbitrarily assumes this mission. The highest authority inherent in law as a separate social phenomenon comes from its inherent essential characteristics, inalienable constitutive features, which on the one hand, distinguish law and its norms from the whole set of other socio-regulatory norms, and on the other - prevent the consolidation of law only to the manifestations of will and the result of the activities of state institutions. As a result, the legal reality testifies to the diversity of the existence of different forms of law in a single normative system - in the form of legislation, legal customs, judicial and other precedents, contract law, corporate law, canon law, and so on.

³ Legal witness and legal culture as basic officials of the state-making process in Ukraine: monograph / L.M. Gerasina, O. G. Danilyan, O. P. Dzioban and others. - Kh.: Pravo, 2009.-- 352 p.

It is necessary to realize that the understanding of law depends entirely on the approach of the person who studies or applies the law, in relation to its essence and defining features, giving priority to some of them. However, various cognitive aspects of the existence of law in one way or another reflect the manifestation of the implementation of the eidos of law, its true essence as a system of higher, dominant norms that have priority.

External expression, objectification of legal norms is not reduced to any one, unique and exclusive form and, accordingly, to one way of their creation. The rules of law are not limited to legal texts, as recognized by the normative (legist) understanding of law. Legal texts, as an objectified written expression of priority social norms, are only one of the various manifestations of the phenomenon of law, which are connected by essential unity, exist and are perceived as aspects of a single social phenomenon.

The fifth feature of legal norms is their substantive diversity, which is due to the many social relations that govern them. At the same time, such relations can be established and regulated by both legal and non-legal, other deontological means. Therefore, the substantive characteristics of the rules of law should not be confused with their status, constitutive and essential features. Otherwise, the meaning of law is replaced by the content of those specific relationships that are directly governed by law or other social norms.

The existence of these relations in itself actualizes the issues of social regulation, the need to define and regulate them in a certain way. At the same time, the formation, selection and recognition among the norms governing these groups of communicative relations, those of them that have the character of the most significant, dominant, priority, gives them the status of legal. In this case, legal norms can regulate relations that have a purely interpersonal aspect from the standpoint of freedom, honor, dignity, justice, as well as those norms that are called moral, but which do not have social recognition and legal status. Conversely, even some power-management relations can be regulated not only by legislation, but also by non-legal norms in general, in particular, by means of traditions, customs, various codes of ethics that do not have a legal character. It is important to remember that there is a constant connection, mutual transformation and interdependence of legal and non-legal deontological norms, which are partly based on the same defining principles.

Therefore, a new view of law as an autopoietic, that is self-sufficient, autonomous and dynamic system with the ability to self-regulation may become relevant at present. The approach to law as an autonomous and at the same time dynamic system capable of evolution and adaptation to constant social changes, which require even in this dynamic the same constant regulation, presupposes the understanding that law has only its constant features and properties. However, the peculiarities of law do not deny those features that are common to other socio-regulatory systems, in particular, moral and ethical, as well as the functioning of state institutions that to some extent ensure the creation and existence of law at different stages of historical development, acting on the principle of expediency. However, this regulation cannot be fully or monopolistically guaranteed by a legislative or any other single form of law. This is the main reason for the multifaceted nature of law, which is objectified in different ways, remaining essentially unique as a social phenomenon.

The sixth feature of law is related to the need to recognize in society certain social and regulatory norms as legal. Assessment of the existing norm as a dominant, priority and as a consequence, its recognition as a legal one, is the basis of the process of recognition and legitimization of the law. It manifests the humanistic meaning of law as a result of intersubjective interaction of participants in public relations on its creation.

Such interaction is purely phenomenological in nature, that is it comes down to discovering and finding the essence, the basic idea of law as a social phenomenon. According to the results of the corresponding intentional orientation of the participants of social interaction, certain actions, actions, relations are given legal meaning. But at the heart of such a legal intention, in our opinion, is the idea of law as a system of priority, dominant social norms. In this case, what is embodied in the content of these rules, in particular the requirements of fairness, correctness, expediency, should be of paramount importance.

It is this communicative activity ensures the autonomy of law, its importance as an independent system with its own, unique features. Having a correlative connection with any authoritative public institutions, including state ones, the law is not reduced to them, it is not strictly subordinated, dependent on them, because such authority is by definition contained in the law itself.

This human dimension provides the disclosure of the defining features of law and its autonomous existence, constitutes its ontological essence, forms and ensures the existence of a certain model of legal reality. In this case, this dimension is considered not only from the standpoint of natural legal criteria for assessing the social norm as a legal, but also purely from the rational standpoint of human responsibility, society as a whole for the choice made, for what norms it recognizes and applies as legal. Ultimately, it is the participants in public relations who determine what a right is, what norms, with what content and on what principles are based, can and should be considered a right. The issue of selection, evaluation and legitimization of certain social norms as legal is crucial here, key, each time it is the subject of responsibility for the choice, a kind of reaction to historical and socio-political situations of «Call-and-Answer»¹. Which constantly arise, change and each time require an appropriate solution.

¹ Toynebee A. J. Comprehension of history. Trans. from English. - M.: Progress, 1991.-- 736 p.

The imperative of responsibility, which has an impact on modern legal understanding, acts as a requirement to maximize responsibility for the choice made, the need to act in such a way as to ensure a favorable future for the integrated whole to which the one who makes such a choice².

Conclusions. The above primarily determines the meaning and autonomy of law as a social phenomenon. This choice of law and responsibility for it, in turn, also depends on the cultural and civilizational preconditions that exist in society. This choice directly depends on the legal civilization consciousness, which determines the view of law, affects the ways of perception of law and its separation from other social norms, determines the emphasis in law of certain features as decisive and constitutive.

Society itself determines the possibility of the rule of law, is its main cause and condition of existence. For this choice, whether it wants to or not, it bears its historical and socio-political responsibility. The prospect of the development of Ukrainian society as democratic and legal, one that meets the highest standards of modern civilizational development, depends on the earliest realization of this.

Summary.

The article is devoted to the study of the status of the rule of law comparing to the other rules of social regulation and the definition of the key features of social norms, which are crucial for their perception as a form of law. The article describes the similar and distinctive features of the legal and other social norms. The attention is focused on those traits that are constitutively important for the isolation and recognition of some social norms as legal ones.

It is noted that the law primarily recognized and appropriately objectified those social norms that are dominant among others. With these regards, they regulate the most important public relations, establish the most important basic ideas and principles that form the vital basis of a certain society and most optimally and effectively support the purpose of regulation of certain relations.

Mentioned is objectively necessary to determine the meaning of the rule of law and the right to autonomy as a social phenomenon (formation), which cannot be limited to the established or officially recognized by the state authorities rules of conduct or fully identified with them.

Geselev Oleksiy,

*Lead consultant, legislation monitoring department,
The Institute of Legislation Supreme Council of Ukraine*

² Oborotov Y. Legal understanding as an axiomatic principle (postulate) of law. // Law of Ukraine. Legal journal. 2010. № 4. P. 49-55.

Features of the indictment as a variety of procedural decisions

Особливості обвинувального акта як різновиду процесуальних рішень

Glynianyi Oleksandr

Keywords:

appendices to the indictment, indictment, procedural decision, accusation, pre-trial investigation

Ключові слова:

додатки до обвинувального акта, обвинувальний акт, процесуальне рішення, обвинувачення, досудове розслідування.

Особливості обвинувального акта, як різновиду процесуальних рішень надають можливість не лише виокремити його із системи останніх, а й більш глибоко проникнути в правову сутність розглядуваного явища, усвідомити його юридичну природу. Окрім цього, на наше переконання, зовнішня форма вираження будь-якого процесуального рішення у значній мірі також зумовлена специфікою його правової природи. Це дає можливість не лише констатувати прямий зв'язок між змістом і формою, а й робити висновки стосовно особливостей оформлення документа відштовхуючись від специфіки правової природи відповідного процесуального рішення і навпаки. Керуючись зазначеною логікою, зупинимо увагу на найбільш показових особливостях обвинувального акта, які принципово відрізняють його від інших кримінальних процесуальних рішень.

Наявність додатків та їх поділ на обов'язкові і ситуаційні. З огляду на структуру процесуального рішення через призму монолітності його документального оформлення, виокремимо процесуальні акти які (а) є цілісними і самодостатніми і (б) передбачають наявність як базового документа, так і обов'язкових додатків. Одним із найбільш яскравих прикладів кримінальних процесуальних рішень, які не існують у самостійному вигляді, а вимагають обов'язкову наявність «документів-супутників» є обвинувальний акт. Зокрема, відповідно до чинного КПК, на сьогодні обвинувальний акт може нараховувати від двох до шести додатків. Така нечіткість стосовно кількісного визначення останніх зумовлюється тим фактом, що окремі додатки є обов'язковими (їх існування передбачене законом без будь-яких застережень), а інші – ситуативними (виникають залежно від специфіки тої чи іншої процесуальної ситуації). Аналіз законодавства дає право віднести до числа обов'язкових додатків до обвинувального акта два документи: реєстр матеріалів досудового розслідування¹ (п. 1 ч. 4 ст. 291 КПК) та розписку підозрюваного про отримання копії обвинувального акта і реєстру матеріалів досудового розслідування (п. 3 ч. 4 ст. 291 КПК). Наявність або відсутність усіх інших додатків зумовлюється виключно специфікою процесуальної ситуації, зокрема:

- пред'явлення на стадії розслідування цивільного позову викликає формування таких додатків до обвинувального акта як власне сама позовна заява та розписка особи, до якої позов заявлено (підозрюваного або цивільного відповідача) про отримання копії цивільного позову;
- здійснення провадження щодо застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичної особи зобов'язує слідчого і прокурора додати до обвинувального акта довідку про таку юридичну особу із зазначенням її найменування, юридичної адреси, розрахункового рахунку, ідентифікаційного коду, дати і місця державної реєстрації;
- можливість призначення судом покарання у вигляді довічного позбавлення волі покладає на прокурора обов'язок роз'яснити підозрюваному право на суд присяжних. У свою чергу можливість, особливості і правові наслідки розгляду кримінального провадження судом присяжних мають знайти відображення у письмовому роз'ясненні прокурора підозрюваному, яке додається до обвинувального акта (ч. 1 ст. 384 КПК);

¹ Показово, що лінгвістичний аналіз положень кримінального процесуального закону надає можливість звернути увагу, що законодавець практично в усіх випадках згадує обвинувальний акт та реєстр матеріалів у рамках одної нерозривної мовної конструкції (див. ст. 291, ч. 1 ст. 384 КПК). Це у свою чергу є додатковим аргументом єдності даних документів та обов'язковості реєстру матеріалів як додатку до обвинувального акта.

- перспектива розгляду обвинувального акта щодо кримінального проступку у спрощеному режимі породжує наявність таких додатків, як письмові заяви окремих учасників провадження та матеріали досудового розслідування (ч. 3 ст. 302 КПК).

Відмітимо, що кожен з додатків до обвинувального акта може стати предметом окремого наукового розгляду. Наразі ж вважаємо за доцільне звернути увагу на низку нормативних неточностей та недопрацювань, допущених законодавцем саме стосовно останнього із нами названих додатків до обвинувального акта – письмового роз'яснення прокурора права на суд присяжних.

По-перше, винесення положення щодо формування вказаного додатку в окремий розділ КПК (гл. 30 розділу 4), на наш погляд, дещо порушує загальну логіку законодавця, використану при описанні обвинувального акта й в тому числі переліку його додатків. Безумовно, розгляд в суді присяжних є диференційованим видом кримінального провадження, що цілком виправдовує структурну відособленість його нормативного регулювання. Проте обвинувальний акт є документом, який складається незалежно від специфіки провадження (окрім ситуацій постановки прокурором питання про застосування ПЗМХ, ПЗВХ та звільнення особи від кримінальної відповідальності). Саме тому як описання його базової комплектації, так і різного роду варіацій у числі додатків, що можуть мати місце залежно від особливостей процесуальної ситуації, знайшли своє втілення в рамках однієї спеціально виділеної статті КПК – ст. 291, за виключенням єдиного додатку – письмового роз'яснення прокурора права на суд присяжних. Думається, що з метою забезпечення більш цілісного сприйняття обвинувального акта є сенс доповнити ч. 4 ст. 291 КПК шостим пунктом із зазначенням ситуативного додатку, що виникає в разі наявності підстав до розгляду кримінального провадження судом присяжних.

По-друге, слід звернути увагу, що при нормативному описанні вказаного додатку законодавцем допущена технічна (на наш погляд) помилка, що тим не менш породжує термінологічну некоректність положення абз. 2 ч. 1 ст. 384 КПК. Нагадаємо, що в аналізованій нормі буквально звучить наступним чином: «письмове роз'яснення прокурора *обвинуваченому* про можливість, особливості і правові наслідки розгляду кримінального провадження судом присяжних додається до обвинувального акта і реєстру матеріалів досудового розслідування, які передаються до суду». При цьому, відповідно до ч. 2 ст. 42 КПК обвинуваченим (підсудним) є особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду. Тож усі процесуальні дії (включаючи й роз'яснення права на суд присяжних), які здійснює прокурор по відношенню до особи, щодо якої ведеться кримінальне переслідування, можуть мати місце лише до набуття нею статусу обвинуваченого. Відтак, вбачається цілком виправданим висловити пропозицію про внесення термінологічних коректив до ч. 1 ст. 384 КПК, замінивши слово «обвинувачений» на «підозрюваний» у всіх випадках, де йдеться про роз'яснення права на суд присяжних прокурором.

По-третє, на наш погляд, формулювання ч. 1 ст. 384 КПК перетворює створення та існування розглядуваного додатку, так би мовити, в самоціль. Річ у тім, що юридична природа письмового роз'яснення прокурора права на суд присяжних (саме як додатку до обвинувального акта) у деякій мірі є тотожною правовій природі розписки підозрюваного про отримання обвинувального акта та реєстру матеріалів. Тобто, сам по собі викладений на паперовому носії та доданий до обвинувального акта текст стосовно права на суд присяжних і особливостей його реалізації ще жодним чином не доводить, що вказане право було роз'яснено підозрюваному та усвідомлене останнім. Тим не менш законодавець нічого не зазначає про необхідність фіксації факту роз'яснення підозрюваному зазначеного права, хоча таке положення в даному випадку є доволі очікуваним. Підтвердженням вказаному, на наш погляд, є й шлях, яким йде правозастосовна практика. Зокрема, в усіх вивчених нами судових справах щодо обвинувачення осіб, яким загрожувало довічне позбавлення волі, на письмовому роз'ясненні прокурора про право на суд присяжних містилась власноручно написана підозрюваним фраза на зразок «можливість, особливості і правові наслідки розгляду кримінального провадження судом присяжних мені роз'яснені та зрозумілі, письмове роз'яснення зазначеного права вручено» і підпис підозрюваного. Думається, що такий підхід є цілком виправданим, оскільки забезпечує розглядуваному додатку не лише властивості носія інформації про право на суд присяжних, а й документа, що підтверджує роз'яснення даного права. Відтак, вбачається доцільним внести зміни до ч. 1 ст. 384 КПК, виклавши друге речення у такій редакції: «Письмове роз'яснення прокурора *підозрюваному* про можливість, особливості і правові наслідки розгляду кримінального провадження судом присяжних з відміткою про *вручення такого роз'яснення підозрюваному* додається до обвинувального акта і реєстру матеріалів досудового розслідування, які передаються до суду».

Відсутність структурного підходу до складання. Для зовнішнього вираження більшості процесуальних рішень характерною є трьохелементна структура відповідного процесуального акта, яка передбачає послідовне поєднання вступної, описово-мотивувальної і резолютивної частин. Зокрема, саме таке оформлення щодо одних процесуальних рішень на сьогодні прямо передбачено кримінальним процесуальним законом України (йдеться про постанови слідчого або прокурора (ч. 5 ст. 110 КПК), ухвали суду (статті 372, 419 КПК), вироби (ч. 1 ст. 374 КПК)), а щодо інших – вироблено практикою (клопотання слідчого або прокурора до слідчого судді та ін.).

Стосовно ж підсумкового документа, яким завершується стадія досудового розслідування, то доводиться констатувати його вже у певному розумінні традиційну відмінність від зазначеної схеми структуруван-

ня матеріалу¹. Річ у тім, що ще КПК 1960 р., нормативно визначаючи структуру обвинувального висновку, називав лише описову та резолютивну частини². Що ж стосується нового кримінального процесуального закону, то в ньому взагалі не міститься положення стосовно будь-якого розмежування частин обвинувального акта. При цьому системний підхід до тлумачення положень КПК дає можливість переконатися, що такого роду законодавчий крок є не випадковістю, а цілком свідомим рішенням. Річ у тім, що як перелік процесуальних рішень слідчого і прокурора, так і структура таких рішень регламентується в рамках однієї статті КПК (ст. 110). При цьому вказавши в ч. 3 зазначеної статті, що процесуальні рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанов, а в ч. 4, що окремим процесуальним рішенням є обвинувальний акт, в ч. 5 розглядуваної статті законодавець встановлює чітке правило, щодо трьохелементної структури постанови слідчого або прокурора і жодним словом не згадує обвинувальний акт. Такого роду підхід, на наш погляд, виключає технічну помилку допущену за неухважністю (зважаючи на концентрацію всіх вказаних питань в рамках однієї статті), а швидше навпаки – підкреслює, так би мовити «на контрасті», законодавче бачення обвинувального акта як документа, що не має чітко виділених вступної, описово-мотивувальної та резолютивної частин.

У порядку компаративного аналізу відмітимо, що вищеописана ситуація не є виключно вітчизняною специфікою підсумкового документа досудового розслідування. Безумовно, законодавство окремих держав не робить винятку для документів, що є відповідними аналогами обвинувального акта, й вимагає виокремлення в них вступної, описової та резолютивної частин (ст. 270 КПК Республіки Армєнія, ст. 278 КПК Республіки Казахстан). Тим не менш, зустрічаються й підходи тотожні ситуації, що існувала в Україні за часів дії КПК 1960 р., а також тій, що існує зараз. Так, саме на двохелементну структуру обвинувального акта орієнтує Модельний КПК для країн СНД³. Відповідно до ст. 312 вказаного документа обвинувальний акт складається із описово-мотивувальної та резолютивної частин. В описово-мотивувальній частині слідчий викладає обставини вчиненого правопорушення; обставини, що характеризують обвинуваченого та потерпілого; наводить докази вини обвинуваченого, його доводи на свій захист та докази, зібрані при перевірці цих доводів. У резолютивній частині відтворюються відомості про обвинуваченого та формулювання пред'явленого обвинувачення з вказівкою норм кримінального закону, що передбачають правопорушення, яке інкримінується особі. Аналогічний підхід свого часу був відображений і у кримінально-процесуальному законодавстві Російської Федерації, проте в подальшому (на що вже зверталась увага в юридичній літературі) КПК РФ відмовився від регламентації структурного підходу до складання обвинувального акта, хоча зміст обвинувального висновку й залишився незмінним⁴.

Імплицитна форма обґрунтування. Однією із загальних вимог до кримінальних процесуальних рішень є їх обґрунтованість – підкріплення висновків, наведених у процесуальному рішенні, відповідними доказами. І якщо КПК 1960 р. зобов'язував при складанні обвинувального висновку вказувати докази, які зібрано в справі, показання кожного з обвинувачених по суті пред'явленого йому обвинувачення, доводи, наведені ним на свій захист, і результати їх перевірки, а також посилатися при цьому на відповідні аркуші справи (ч. 2, 3 ст. 223), то КПК 2012 р. лише зобов'язує правозастосовника викласти фактичні обставини кримінального правопорушення, які він вважає встановленими (п. 5 ч. 2 ст. 291), але без посилання на відповідні докази.

Аналіз такого підходу в черговий раз змушує задатися питанням щодо оцінки позиції законодавця як або істотної прогалини у регулюванні (яка не вимагає обґрунтовувати доказами документ, що є підсумком стадії досудового розслідування та базою для стадії судового розгляду), або усвідомленого кроку, спрямованого на комплексне забезпечення нової ідеології в здійсненні кримінального судочинства.

На користь першого варіанту може свідчити як факт звернення до раніше чинного законодавства України (про що йшлося вище), так і аналіз аналогічних положень сусідніх держав. Наприклад, відповідно до п. 5, 6 ч. 1 ст. 220 та ч. 2 ст. 220 КПК РФ⁵ передбачалось, що обвинувальний висновок має містити перелік доказів, що підтверджують обвинувачення, перелік доказів, на які посилається захист, посилання на тома й аркуші кримінальної справи. При цьому Пленум Верховного Суду РФ дещо деталізував (і навіть розширив) вказану норму, встановивши у відповідній постанові, що під переліком доказів, які підтверджують обвинувачення, а також під переліком доказів, на які посилається сторона захисту, слід розуміти не лише по-

¹ Торбас О. Загальна характеристика структури обвинувального акта за чинним КПК України // *Юридичний вісник*. 2014. № 1. С. 237.

² Як свого роду вступну частину можливо було розглядати саме найменування документа, оскільки на практиці воно не обмежувалось словосполученням «обвинувальний висновок», а містило інформацію про те щодо кого та по якому обвинуваченню даний обвинувальний висновок складено.

³ Модельний уголовно- процессуальный кодекс для государств-участников СНГ. Рекомендательный законодательный акт. Принят на седьмом пленарном заседании Меж-парламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 г. // Приложение к Информационному бюллетеню. 1996. № 10. 373 с.

⁴ Гумеров Т.А. Обвинительное заключение: правовая природа, содержание, процессуальные последствия: монография. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 30.

⁵ Йдеться про редакцію КПК РФ до прийняття Закону від 09.03.2010 р. № 19-ФЗ (про що далі).

силання обвинувальному висновку на джерела доказів, але й наведення короткого змісту самих доказів, оскільки доказами по кримінальній справі є не самі по собі джерела доказової інформації, а дані, що в них містяться⁶. У 2010 р. вказана позиція Верховного Суду була введена до тексту КПК вже згадуваним нами законом від 09.03.2010 р.^{7;8}. Також, доволі показовою в даному аспекті є й позиція окремих українських правників, які наполягають на необхідності викладення в обвинувальному акті того ж масиву інформації (включаючи докази обвинувачення), яка вимагалась для обвинувального висновку⁹.

Разом із тим, вбачається, що більш виправданою є кваліфікація позиції законодавця, що знайшла втілення в КПК 2012 р., саме як усвідомленого кроку, спрямованого на комплексне забезпечення нової ідеології в здійсненні кримінального судочинства. Зокрема, принципова новація у підходах полягає у створенні такої процедури надходження доказів до суду, яка не буде порушувати засаду змагальності та не підриватиме вимогу неупередженості суду. Саме тому законодавцем встановлена заборона подання суду до початку судового розгляду будь-яких матеріалів, окрім обвинувального акта й додатків до нього. На відміну від раніше існуючої ситуації, коли в суд передавались усі доказові матеріали зібрані органами слідства і прокуратури (тобто стороною обвинувачення), що безумовно забезпечувало формування у судді уявлення про справу на підставі обвинувальних доказів ще до початку судового розгляду, встановлена новим законом процедура передбачає як можливість надходження доказового матеріалу лише в рамках судового слідства, так і рівномірність його подання сторонами¹⁰. Окрім цього, КПК 2012 р. передбачив, що окремі джерела доказів (показання) мають бути досліджені судом безпосередньо без будь-яких винятків з даного правила, більше того суду забороняється використовувати інформацію, отриману з даного джерела слідчим і прокурором. Думається, що зважаючи на вказане, відсутність законодавчої вимоги посилатися в обвинувальному акті на докази (й більше того викладати їх зміст) є органічною складовою системи процесуальних гарантій, спрямованих на забезпечення змагальності сторін під час судового розгляду, неупередженості суду та безпосередності у сприйнятті ним доказової інформації¹¹. Відмітимо, що подібна позиція вже висловлювалась окремими процесуалістами¹².

Поліфункціональність обвинувального акта. Вказана особливість розгляданого процесуального рішення, будучи визнаною у нашій державі за часів дії КПК 1960 р., та залишаючись своєрідною доктринальною константою в теорії кримінального процесу ряду пострадянських держав, на сьогодні має бути дещо переглянута в українській юридичній науці, зважаючи на принципові новації КПК 2012 р. Нагадаємо, що до числа функцій, які безумовно були властивими обвинувальному висновку як документа, що завершував досудове розслідування, дослідники відносили наступні: (1) визначає межі судового розгляду; (2) служить гарантією для захисту підсудного в суді; (3) гарантує розгляд всіх обставин справи в судовому засіданні^{13;14}. Думається, що вказані напрямки, реалізацію яких забезпечує підсум-

⁶ Постановление Пленума Верховного суда РФ от 05.03.2004 № 1 ред. от 23.12.2008 г. «О применении судами норм Уголовно- процессуального кодекса РФ».

⁷ О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 09.03.2010 № 19-ФЗ.

⁸ Гумеров Т.А. Обвинительное заключение: правовая природа, содержание, процессуальные последствия: монография. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 70.

⁹ Миронов А. М. Деякі питання прокурорського нагляду за додержанням закону при затвердженні обвинувального акта у кримінальному провадженні /А. М. Миронов // Юридична осінь 2012 р. -Х :Нац. ун- т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С. 175.

¹⁰ Цим у значній мірі пояснюється відсутність вимоги про посилання в обвинувальному акті на аркуші справи, оскільки «кримінальної справи» у звичному за часів дії КПК 1960 р. (тобто як прошитою та пронумерованою масиву матеріалів, який передається в суд) розумінні на сьогодні не існує. Навіть якщо слідчий перед переданням матеріалів прокурору прошиває й нумерує їх (чого закон не вимагає), то перед судовим засіданням прокурор все одно розшиває такі матеріали, оскільки далеко не всі вони будуть подані ним суду як докази.

¹¹ Безумовно, в порядку наукової дискусії, контраргументом щодо висловленої нами позиції може служити факт надання суду інформації щодо доказів, яка міститься в реєстрі матеріалів досудового розслідування. Тим не менш, на наш погляд, це жодним чином не підриває закладеної законом та описаної нами концепції забезпечення змагальності та неупередженості суду, оскільки в реєстрі матеріалів лише перераховуються дії, спрямовані на отримання доказової інформації, але без розкриття її змісту, що не дає можливості суду навіть визначити є ці докази обвинувальними чи виправдувальними, не кажучи вже про попереднє формування певного ставлення до питання доведеності вини особи.

¹² Глинська Н.В. Концептуальні засади визначення та забезпечення стандартів доброякісності кримінальних процесуальних рішень : монографія. К. : Істина, 2014. С. 355.

¹³ Буров Ю.В., Насонова І.А. Обвинительное заключение как основание для защиты подсудимого в суде [Електронний ресурс] – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru/article/n/obvinitelnoe-zaklyuchenie-kak-osnovanie-dlya-zaschity-podsudimogo-v-sude>.

¹⁴ Цей перелік можна продовжити, вказавши, що обвинувальний акт (а точніше реєстр матеріалів досудового розслідування як його невід'ємний додаток) опосередковано визначає доказову базу, що буде використана стороною обвинува-

ковий документ досудового розслідування, залишаються актуальними й в умовах дії КПК 2012 р. Що ж стосується довідково-технічного значення розгляданого процесуального рішення (систематизує усі матеріали досудового розслідування, містить їх логічний аналіз і оцінку слідчим; в судовому засіданні вводить присутніх в курс справи, а також інформує про наявні докази^{1; 2}, то дана функція для обвинувального акта зберіглась у доволі усиченому варіанті. Зокрема, як вже відмічалось, обвинувальний акт, на відміну від свого попередника – обвинувального висновку, не містить не лише оцінки доказового матеріалу слідчим і прокурором, а й навіть згадки про відповідні докази, якими підтверджується переконання органів досудового розслідування у винуватості підозрюваного. Прояв інформаційної функції обвинувального акта в рамках судового засідання також істотно знизився, як враховуючи вищеописані зміни щодо змістового наповнення обвинувального акта (порівняно з обвинувальним висновком), так і зважаючи на нормативні зміни щодо визначення обсягу оголошення інформації із даного документа на початку судового розгляду. Так, якщо за КПК 1960 р. було встановлено, що «обвинувальний висновок оголошується прокурором повністю, а за згодою сторін – лише його резолютивна частина» (ч. 3 ст. 297), то КПК 2012 р. встановив, що «судовий розгляд починається з оголошення прокурором короткого викладу обвинувального акта» (ч. 2 ст. 347). Зважаючи на вказане, доводиться констатувати, що на сьогодні підсумковий документ досудового розслідування, продовжуючи виконувати такі функції як визначення меж судового розгляду та забезпечення обвинуваченому можливості реалізувати право на захист, у значній мірі втратив своє довідково-технічне значення.

Підсумовуючи, зауважимо, до найбільш характерних особливостей обвинувального акта, як різновиду процесуальних рішень, слід віднести наступні: наявність додатків та їх поділ на обов'язкові і ситуаційні; відсутність структурного підходу до складання; імпліцитна форма обґрунтування; функціональна багатозначність.

Анотація.

У статті досліджено ключові особливості обвинувального акта, які принципово відрізняють його від інших кримінальних процесуальних рішень. Виокремлено та проаналізовано такі найбільш характерні особливості обвинувального акта, як: наявність додатків та їх поділ на обов'язкові і ситуаційні; відсутність структурного підходу до складання; імпліцитна форма обґрунтування; функціональна багатозначність. Зауважено, що відсутність законодавчої вимоги посилатися в обвинувальному акті на докази (й більше того викладати їх зміст) є органічною складовою системи процесуальних гарантій, спрямованих на забезпечення змагальності сторін під час судового розгляду, неупередженості суду та безпосередності у сприйнятті ним доказової інформації. Зроблено висновок про те, що на сьогодні підсумковий документ досудового розслідування, продовжуючи виконувати такі функції як визначення меж судового розгляду та забезпечення обвинуваченому можливості реалізувати право на захист, у значній мірі втратив своє довідково-технічне значення.

Summary.

The article examines the key features of the indictment, which fundamentally distinguish it from other criminal procedural decisions. The most characteristic features of the indictment, such as: the presence of appendices and their division into mandatory and situational; lack of a structural approach to assembly; implicit form of justification; functional ambiguity are highlighted and analyzed. It is noted that the lack of a legal requirement to refer to evidence in an indictment (and moreover to state its content) is an organic component of the system of procedural guarantees aimed at ensuring the adversarial nature of the parties during the trial, the impartiality of the court and the immediacy in their perception of the evidentiary information. It is proved that today the final document of the pre-trial investigation, continuing to perform such functions as defining the boundaries of the trial and providing the accused with the opportunity to exercise the right to defense, has largely lost its reference and technical significance.

References:

1. Торбас О. Загальна характеристика структури обвинувального акта за чинним КПК України. *Юридичний вісник*. 2014. № 1. С. 236-241.

чення (оскільки в реєстрі матеріалів надається перелік дій, що були здійснені з метою отримання доказів). У зв'язку з цим, проблемним на практиці є питання можливості використання протоколів по тим слідчим діям, які не вказані в реєстрі.

¹ Буров Ю.В., Насонова И.А. Обвинительное заключение как основание для защиты подсудимого в суде [Електронный ресурс] – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru/article/n/obvinitelnoe-zaklyuchenie-kak-osnovanie-dlya-zaschity-podsudimogo-v-sude>.

² Миронов А. М. Деякі питання прокурорського нагляду за додержанням закону при затвердженні обвинувального акта у кримінальному провадженні /А. М. Миронов // *Юридична осінь 2012 року*. Х. :Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С.174.

2. Модельный уголовно- процессуальный кодекс для государств-участников СНГ. Рекомендательный законодательный акт. Принят на седьмом пленарном заседании Меж-парламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 г. *Приложение к Информационному бюллетеню*. 1996. № 10. 373 с.

3. Гумеров Т. А. Обвинительное заключение: правовая природа, содержание, процессуальные последствия: монография. М.: Юрлитинформ, 2011. 216 с.

4. Постановление Пленума Верховного суда РФ от 05.03.2004, № 1 ред. от 23.12.2008 г. «О применении судами норм Уголовно- процессуального кодекса РФ».

5. О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : Федеральный закон от 09.03.2010 № 19-ФЗ.

6. Миронов А. М. Деякі питання прокурорського нагляду за додержанням закону при затвердженні обвинувального акта у кримінальному провадженні /А. М. Миронов // Юридична осінь 2012 р. Х.: Нац. ун- т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. 173-176.

7. Глинська Н.В. Концептуальні засади визначення та забезпечення стандартів доброякісності кримінальних процесуальних рішень : монографія. К. : Істина, 2014. 588 с.

8. Буров Ю.В., Насонова И.А. Обвинительное заключение как основание для защиты подсудимого в суде [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru/article/n/obvinitelnoe-zaklyuchenie-kak-osnovanie-dlya-zaschity-podsudimogo-v-sude> .

Glynianyi Oleksandr,

*Applicant of the Department of Criminal
Procedure and Investigative Activities
Yaroslav Mudryi National Law University*

Instantaneous and continuing breaches of an international obligation of the state

Миттєві та триваючі порушення міжнародно-правових зобов'язань держави

Grabovich Tetyana

Key words:

breach of an international obligation, state responsibility, instantaneous breach, continuing breach, Articles on state responsibility.

Ключові слова:

порушення міжнародно-правового зобов'язання, відповідальність держави, миттєве порушення, триваюче порушення, Статті про відповідальність держав.

Постановка проблеми. Порушення державою міжнародно-правового зобов'язання (об'єктивний елемент міжнародно-протиправного діяння держави) має місце, коли діяння держави не відповідає тому, що вимагає від неї таке зобов'язання, незалежно від його походження або характеру. Темпоральний елемент порушення міжнародно-правового зобов'язання держави стосується двох взаємопов'язаних аспектів. Перший – так званого інтертемпорального права – по суті, питання щодо права, яке застосовується до відповідної держави на момент вчинення передбачуваного порушення. Другий аспект стосується характеру самого порушення і того, чи виникає воно негайно (миттєве порушення), чи призводить до триваючої незаконної ситуації (триваюче порушення), або ж складається з декількох дій, які вважаються незаконними (складене порушення)¹. У представленій статті зосередимо увагу на другому аспекті темпорального елемента порушення міжнародно-правового зобов'язання держави, зокрема, часі, протягом якого тривають миттєві та триваючі порушення міжнародно-правових зобов'язань держави.

Проблема визначення початку протиправного діяння і його тривалості є однією з таких, що часто виникають і має наслідки в сфері відповідальності держав, включаючи важливе питання про припинення протиправних діянь триваючого характеру. Хоча існування і тривалість порушення будь-якого міжнародно-правового зобов'язання залежать, головним чином, від існування і змісту зобов'язання і від особливостей конкретного порушення, на практиці встановилися деякі основні поняття². Тому актуальність вивчення вищезазначеної проблеми має значення як для теорії права міжнародно-правової відповідальності, так і для практичного вирішення питань притягнення держави до відповідальності за порушення міжнародно-правових зобов'язань.

Стан дослідження. Питання, що виникають у зв'язку з настанням міжнародно-правової відповідальності держави, висвітлюються у наукових розвідках вітчизняних та зарубіжних учених, серед яких можна назвати таких як В. Ф. Антипенко, Е. Аречага, О. В. Буткевич, К. А. Важна, В. А. Василенко, Л. Г. Гусейнов, В. Н. Денисов, Д. Джінкс, О. В. Задорожній, А. Зайберт-Фор, І. Зіемель, І. І. Лукашук, Ю. М. Колосов, Дж. Кроуфорд, С. Оллесон, М. Сассолі, М. О. Ушаков, Ж.-М. Хенкертс, М. Х. Фарукшин та ін. Водночас необхідно приділити більш пильну увагу об'єктивному елементу міжнародно-протиправного діяння держави, і, зокрема, темпоральному аспекту порушення міжнародно-правового зобов'язання.

Мета статті полягає у характеристиці на підставі вивчення сучасної доктрини та практики міжнародного права темпорального елемента порушення міжнародно-правового зобов'язання держави, а саме визначенні часу, протягом якого триває порушення міжнародно-правового зобов'язання, відмінності між триваючим та миттєвим протиправним діянням, тривалості порушення зобов'язань із запобігання (на основі аналізу ст. 14 Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння 2001 р. (далі – Статті про відповідальність 2001 р., Статті).

Виклад основного матеріалу. Що є моментом, коли – усі складові елементи протиправного діяння разом – порушення починається? Коли закінчується порушення? Коли ці моменти встановлюються, три-

¹ Crawford J. *State Responsibility : The General Part*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 240–241.

² Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. а/сн.4/ser.a/2001/add.1 (part 2). С. 68.

валість порушення може бути визначена, так само як і час вчинення протиправного діяння. Практичні наслідки цих питань для реалізації відповідальності численні. Дійсно, визначення часу вчинення протиправного діяння може бути необхідним для встановлення:

- моменту, коли можна здійснювати дипломатичний захист;
- часу, коли нанесення шкоди слід враховувати для відшкодування;
- потенційної юрисдикції суду, коли така юрисдикція встановлена лише для розгляду спорів та діянь, що передували або були вчинені пізніше певної дати, або які сталися протягом визначеного періоду;
- наявності національного характеру позову в даний момент часу;
- можливе застосування строку позовної давності до діяння стосовно певного протиправного вчинку;
- прийнятність позову, якщо він повинен бути поданий протягом певного часу після вчинення протиправного діяння³.

Дж. Сэлмон вказує на те, що Комісія міжнародного права ООН (далі – КМП ООН) передбачила такі категорії протиправних діянь у цьому контексті: миттєвий («instantaneous») акт (чи скоріше закінчений («completed») акт; триваючий («continuing») акт; міжнародне зобов'язання запобігати даній події; складений («composed») акт; і так званий складний («complex») акт⁴.

Як відзначає Дж. Кроуфорд, «друге питання, яке виникає при розгляді темпорального елементу порушення, – це тривалість самого порушення. КМП ООН передбачає декілька категорій порушень, кожна з яких має різні наслідки для права відповідальності держав. Відповідно, «Статті про відповідальність розрізняють миттєві порушення (стаття 14 (1)), триваючі порушення (статті 14 (2) та (3)) та складені порушення (стаття 15). Четверта категорія – складне порушення – була внесена Аго до проекту статей у першому читанні, але під час другого вона була виключена»⁵.

У статтях 14 та 15 Статей 2001 р. розмежування *a priori* між зобов'язаннями поведінки, результату та запобігання не проводиться. Відповідальність держави у цьому сенсі стосується лише існування міжнародно-протиправної ситуації, визначеної відповідною первинною нормою. Після ідентифікації ситуації можна визначити, чи є порушення миттєвим, триваючим або складеним, але основні контури права залишаються незмінними⁶.

Загальні положення щодо часу, протягом якого триває порушення міжнародно-правового зобов'язання розглядаються в статті 14 Статей про відповідальність держав 2001 р., яка проводить розмежування між порушенням, що має триваючий характер та порушенням, що є миттєвим (закінченим).

У п. 1. ст. 14 Статей проголошується: «Порушення міжнародно-правового зобов'язання діянням держави, що не носить триваючого характеру, відбувається в той момент часу, коли діяння відбувається, навіть якщо його наслідки тривають». Відповідно до цього пункту закінчене діяння має місце «в той момент часу, коли діяння вчинюється», навіть якщо його дія або наслідки можуть тривати. Слова «в той момент часу» дають більш точний опис часових рамок, в яких відбувається закінчене протиправне діяння, не вимагаючи, щоб це діяння обов'язково завершувалося в одну мить⁷.

П. 1 ст. 14 Статей закріплює так звані «миттєві порушення». Цей термін впливає із Коментарів до ст. 24 Проектів статей про відповідальність держав, прийнятих в першому читанні 1996 р.⁸, який пов'язує прикметник „миттєво“ із загальною теорією внутрішнього права та з такими злочинами як вбивство, заподіяння тілесних ушкоджень та підпали⁹. Прикладами таких діянь є: збиття силами протиповітряної оборони держави літаків, які законно пролітають над територією цієї країни; потоплення торпедним катером воюючої держави корабля нейтральної держави у відкритому морі; вбивство або поранення поліцією однієї держави представника іншої держави або викрадення особи на території іноземної держави; конфіскація органами однієї держави будівлі, в якій знаходиться штаб-квартира іноземної дипломатичної місії¹⁰. Спільним між усіма цими ситуаціями є те, що саме протиправне діяння можна звести до однієї дати – практично до одного моменту в часі – і все, що триває пізніше, є наслідком порушення, а не продовження самого діяння¹¹.

У справі *Impregilo v. Pakistan* (2005) компанія «Імпрегіло» послалася на статтю 14 Статей 2001 р., яка, на її думку, відображає міжнародне звичаєве право та стверджувала, що дії Пакистану до дати вступу в силу

³ Salmon J. Duration of the Breach The Law of International Responsibility. In J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 383.

⁴ Там само.

⁵ Crawford J. State Responsibility : The General Part. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 253–254.

⁶ Там само.

⁷ Див. Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. а/сн.4/сер.а/2001/add.1 (part 2). С. 68.

⁸ Доклад Комиссии Генеральной Ассамблее о работе ее сорок восьмой сессии А/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2).

⁹ Crawford J. State Responsibility : The General Part. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 254.

¹⁰ Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on first reading. January 1997. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf. P. 178.

¹¹ Crawford J. State Responsibility : The General Part. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 255.

двосторонньої угоди про інвестиції повинні були відповідати положенням цієї угоди. Арбітраж відзначив, що для справи не мало значення, чи відображає ця стаття міжнародне звичаєве право, і встановив, що «дана справа не охоплювалася положеннями статті 14, оскільки дії Пакистану не носили триваючого характеру за змістом положення ст. 14»¹.

Протилежністю „миттєвого діяння“ є триваюче діяння². У п. 2 ст. 14 Статей мова йде про протиправне діяння, що має триваючий характер. Так, порушення міжнародно-правового зобов'язання діянням держави, що має триваючий характер, триває протягом усього періоду, під час якого це діяння триває і залишається таким, що не відповідає міжнародно-правовому зобов'язанню.

Таким чином, діяння, що має триваючий характер займає весь період, протягом якого це діяння триває і залишається таким, що не відповідає міжнародно-правовим зобов'язанням, за умови, що дане міжнародно-правове зобов'язання пов'язує дану державу протягом цього періоду. Приклади триваючих протиправних діянь включають збереження в силі положень законодавства, не сумісних з договірними зобов'язаннями держави, що їх приймає, незаконне утримання під вартою офіційного представника іноземної держави або незаконне зайняття приміщень посольства, підтримання за допомогою сили колоніального панування, незаконне зайняття частини території іншої держави або розміщення збройних сил на території іншої держави без її згоди³.

У своєму Консультативному висновку від 1971 р. «Юридичні наслідки для держав, що викликаються продовжуваною присутністю Південної Африки у Намібії (Південно-західна Африка) всупереч резолюції 276 (1970) Ради Безпеки», МС ООН встановив, що «в результаті незаконної окупації Території Південна Африка несе міжнародну відповідальність за триваюче порушення міжнародного зобов'язання. Вона також залишається відповідальною за будь-які порушення прав народу Намібії і своїх передбачених міжнародним правом зобов'язань перед іншими державами в тому, що стосується здійснення нею своїх повноважень щодо цієї території»⁴. МС ООН у справі *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (1980) прийшов до висновку про те, що мали місце «такі, що слідували один за одним і все ще триваючі порушення Іраном зобов'язань по відношенню до Сполучених Штатів»⁵.

Питання розмежування між миттєвими і триваючими порушеннями отримали увагу у праві *Rainbow Warrior*, що розглядалася арбітражним трибуналом. У своєму рішенні арбітраж, встановивши, що Франція вчинила суттєві порушення своїх зобов'язань по відношенню до Нової Зеландії, послався на відмінності, що проводяться КМП між миттєвим і триваючим порушенням, як це видно з проектів статей, прийнятих в попередньому порядку: «В ході кодифікації положень про відповідальність держав Комісія міжнародного права здійснила ще одну класифікацію різних видів порушень, беручи до уваги фактор часу як складову частину зобов'язання. Він ґрунтується на визначенні того, що називається *tempus commissi delicti*, іншими словами, тривалість або часовий період порушення. Таким чином, Комісія проводить відмінність між порушенням, яке не триває в часі, або миттєвим порушенням..., і порушенням, що має триваючий характер чи поширюється в часі. В останньому випадку..., «часом цього порушення є весь період, протягом якого це діяння відбувається і залишається невідповідним міжнародному зобов'язанню». Використовуючи зазначену класифікацію в цій справі, абсолютно ясно, що порушення, що складається в неперверненні на острів Хао двох агентів [Майора Мафара і капітана Пріор, як передбачено Угодою між сторонами], представляло собою не тільки істотне порушення, але і порушення тривалого характеру. Ця класифікація не є суто теоретичною, а, навпаки, має практичні наслідки, оскільки серйозність порушення і його тривалість за часом не можуть не мати істотного значення для встановлення репарацій, які належить здійснити через порушення цих двох критеріїв»^{6, 7}.

У своєму рішенні у справі *Гомес Лунд і інші («Герріль ду Араго»)* проти Бразилії (2010) Міжамериканський суд з прав людини послався на статтю 14 в підтримку свого твердження про те, що «діяння, що мають триваючий або постійний характер, залишаються такими, що не відповідають міжнародно-правовим зобов'язанням протягом усього періоду, під час якого ці діяння тривають»⁸.

¹ ICSID. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Case No. ARB/03/3, decision on jurisdiction. 22 April 2005, para. 312.

² Crawford J. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 258.

³ Див. Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. A/CN.4/SER.A/2001/ADD.1 (PART 2). С. 68.

⁴ Консультативное заключение МС ООН. Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Югозападная Африка) вопреки Резолюции 276 (1970) Совета Безопасности. 21 июня 1971 г. URL: https://legal.un.org/icjsummaries/documents/russian/st_leg_serf1.pdf. С. 100.

⁵ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Hostages) (U.S. v. Iran)* (1980). ICJ Reports. 1980, paras. 78-79.

⁶ *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*. Reports of International Arbitral Awards. Vol. 20. 1990, para 101.

⁷ Там само.

⁸ *Gomes-Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil*. Inter-American Court of Human Rights. 24 November 2010. URL: <https://www.refworld.org/cases,IACRTHR,4d469fa92.html>, para. 17.

Міжнародний Суд ООН у справі «Питання, пов'язані із зобов'язанням здійснювати судові переслідування або видавати (Бельгія проти Сенегалу)» (2012) наголосив, що, не виконавши своїх зобов'язань за пунктом 2 статті 6 та пунктом 1 статті 7 Конвенції проти катувань, Сенегал взяв на себе міжнародну відповідальність. Відповідно, Суд встановив, що Сенегал має припинити це триваюче протиправне діяння відповідно до загального міжнародного права про відповідальність держав за міжнародні протиправні дії та приймати без подальших зволікань необхідні заходи для передачі справи до своїх компетентних органів з метою судового переслідування, якщо не екстрадує пана Хабре⁹. Вимоги Бельгії стосувалися колишнього президента Республіки Чад Хіссена Хабре, який, очоливши повстання, прийшов до влади 7 червня 1982 року і керував країною протягом восьми років. У цей період в Чаді були вчинені різні злочини, зокрема численні порушення прав людини, включаючи катування. Після свого повалення 1 грудня 1990 року Хіссен Хабре покинув Чад і отримав політичний притулок в Сенегалі.¹⁰

Цікаво зауважити, що у цій справі Міжнародний Суд постановив, що він не компетентний розглядати твердження Бельгії про можливі порушення Сенегалом зобов'язань з міжнародного звичаєвого права, оскільки на момент звернення Бельгії до Суду спір між Бельгією та Сенегалом не був пов'язаний з порушеннями зобов'язань за міжнародним звичаєвим правом. Отже, у Суду ще не було можливості визначити, складає чи не складає зобов'язання видавати або здійснювати судові переслідування частину міжнародного звичаєвого права¹¹.

Європейський суд з прав людини у своїй практиці встановив, що триваюче порушення передбачає, що заявнику відмовлено в будь-якій певній ситуації, гарантованій Європейською конвенцією з прав людини. Можна навести такі приклади: залишення в силі і застосування закону, який був визнаний таким, що суперечить Конвенції або неприйняття законодавства, необхідного Конвенцією; виконання рішення, що застосовує ретроактивне кримінальне законодавство або заснованого на законі, який, згідно з Європейського суду з прав людини, порушує Конвенцію з інших аспектів; триваюче тримання особи під вартою в порушення ст. 5 Конвенції; триваюче втручання в приватне або сімейне життя в порушення ст. 8 Конвенції; триваюче втручання в здійснення права власності, гарантоване ст. 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції з прав людини, оскільки таке втручання є ситуацією, яка суперечить Конвенції¹².

Справа *Loizidou v. Turkey* (1996), що розглядалася ЄСПЛ, стосувалася скарги заявниці на відмову в доступі до свого майна на півночі Кіпру, що стало наслідком вторгнення Туреччини на Кіпр в 1974 році. ЄСПЛ мав відповісти на питання, чи підпадають під «юрисдикцію» Туреччини порушення прав людини в Північному Кіпрі за змістом статті 1 Конвенції про захист прав людини і основних свобод і чи можна присвоювати Туреччині діяння «Турецької Республіки Північного Кіпру». Суд заявив, що через присутність на Кіпрі турецьких військ, які здійснюють повний контроль над прикордонною територією, заявниця втратила, і надовго, права доступу в північну частину Кіпру. Цей контроль стосується головним чином свободи пересувань в межах буферної зони. Суд відзначив, що «повинен сам оцінити матеріали справи, щоб вирішити, чи є вина Туреччини у тому, що заявниця була тривало позбавлена доступу до її власності і повністю втратила контроль над нею». ЄСПЛ прийшов до висновку, що поведінка Турецької Республіки і турецьких військ, які відмовлялися надати заявниці доступ до її майну, тривала після визнання Туреччиною юрисдикції Суду і складала після цього моменту порушення статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції з прав людини¹³.

Важливим є проведення розмежування між миттєвим і триваючим порушенням. До прикладу, вчений Паувелін запропонував три критерії для відмежування між миттєвими та триваючими діями. По-перше, «фокус повинен бути зроблений на міжнародному зобов'язанні, а не діянні, що його порушує та його наслідках». Іншими словами, слід вивчати детально ситуацію, про яку йдеться, а не наявність або відсутність певного факту. Певною мірою таке вивчення обумовлюється відповідною нормою та її здатністю до миттєвої реалізації (наприклад, дискретне застосування незаконної сили) або продовження (наприклад, насильницьке чи недобровільне зникнення визначається як триваюче протиправне діяння, що триває до тих пір, поки особа вважається зниклою). Другий фактор є корисним доповненням, що стосується питання припинення відповідно до статті 30 (а) Статей та спрямоване на визначення того, чи слід вважати порушення триваючим. Простіше кажучи, якщо припинення діяння залишається необхідним засобом захисту, то порушення є триваючим. І навпаки, якщо єдиним відповідним засобом правового захисту є реституція в натурі або компенсація, то порушення є закінченим. По-третє, необхідна оцінка того, чи оскаржуване

⁹ ICJ. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Judgment of 20 July 2012. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/144/144-20120720-jud-01-00-en.pdf>, para 121.

¹⁰ Там само, paras. 53–55.

¹¹ Там само.

¹² Джафаров И. Обязательства государств, вытекающие из решений Европейского суда по правам человека. Актуальные проблемы политики : сб. наук. пр. 2009. Вып. 37. С. 450.

¹³ *Loizidou v. Turkey*. Judgment of the European Court of Human Rights of 18 December 1996. EHRR. Vol. 23, paras. 102-105.

діяння можна обґрунтовано вважати таким, що постійно поновлюються або повторюване кожного дня порушення «триває», або ж можуть бути виявлені тільки його наслідки¹.

КМП ООН у своїх коментарях до Статей про відповідальність держав 2001 р. зауважила, що не можна вважати будь-яке діяння триваючим лише на тій підставі, що його вплив або наслідки продовжуються протягом певного часу. Триваючим має бути саме протиправне діяння. У багатьох випадках наслідки міжнародно-протиправних діянь можуть бути триваючими. Біль і страждання, заподіяні застосовуваними у минулому тортурами, або економічні наслідки експропріації власності тривають, навіть якщо катування припинилося, а титул власності переданий іншим особам. Такі наслідки є об'єктом вторинних зобов'язань з відшкодування, включаючи реституцію².

КМП ООН відзначила, що поведінка, яка почалася деякий час назад і яка в той період була порушенням, може тривати і дати початок триваючому протиправному діянню в даний час. Такий триваючий характер може мати юридичне значення для різних цілей, в тому числі для цілей встановлення відповідальності держав. Наприклад, викладене в статті 30 зобов'язання припинити протиправні діяння, відноситься лише до триваючих протиправних діянь³.

Визначення того, чи має протиправне діяння триваючий або закінчений характер залежить від первинного зобов'язання та кожного конкретного випадку⁴. Міжамериканський суд з прав людини інтерпретував насильницьке або недобровільне зникнення як триваюче протиправне діяння, тобто як діяння, яке триває до тих пір, поки відповідна особа буде виявлена⁵. Деякі норми забороняють загрозу за допомогою поведінки, підбурювання або посягання, і в цьому випадку загроза, підбурювання або посягання самі по собі є протиправними діяннями. З іншого боку, в тих випадках, коли міжнародно-протиправним діянням є виникнення тієї чи іншої події – лише підготовча поведінка не обов'язково є протиправною⁶. До прикладу, МС ООН у справі «Gabčíkovo-Nagymaros Project» (1997) встановив, що «протиправному діянню або правопорушенню нерідко передують підготовчі дії, які не слід ототожнювати з самим діянням або правопорушенням. Необхідно також розрізняти між фактичним здійсненням протиправного діяння (миттєвого або триваючого) і такою поведінкою до вчинення цього діяння, яка має характер підготовки і «не кваліфікується як протиправне діяння»⁷. Сказане стосується і випадку, коли приймається закон, що суперечить міжнародному зобов'язанню держави, але безпосередньо не веде до його порушення. Порушення настає лише після початку застосування закону у спосіб, що суперечить зобов'язанням. Сам факт прийняття такого закону може розглядатися як підготовча дія⁸.

У своїй доповіді «European Communities and Certain Member States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft» (2011) апеляційний орган послався на статтю 14 Статей 2001 р., вносячи ухвалу про те, що, як випливає з Угоди СКМ, провокування «негативних наслідків для інтересів інших учасників ... є визначальним ..., а висновок щодо ретроактивності буде залежати не від того, коли мав місце акт надання субсидій, а від того, чи продовжується дана ситуація або вже припинилася». Погодившись з тим, що на підставі статті 14 «важливо проводити розмежування між актом і його наслідками», суд зазначив, що «Угода СКМ, проте, стосується не конкретних актів, а ситуацій, які тривають протягом часу»⁹.

Крім того, як відзначає КМП ООН, відмінність між закінченими і триваючими діяннями є відносною. Саме триваюче протиправне діяння може припинитися: так, заручник може бути звільнений або тіло зниклої безвісти особи може бути повернуто її родичам. По суті, триваюче протиправне діяння є діянням, яке було розпочате, проте не було закінчене у відповідний час. Коли триваюче протиправне діяння припинене, наприклад, внаслідок звільнення заручників або виведення військ з незаконно окупованої території, діяння вважається надалі таким, що не має характеру триваючого, незважаючи навіть на те, що деякі наслідки діяння можуть тривати. В цьому випадку на нього поширюється дія пункту 1 статті 14.¹⁰

¹ Цит по: Crawford J. *State Responsibility : The General Part*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 264.

² Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. A/CN.4/SER.A/2001/ADD.1 (PART 2). С. 69

³ Там само. С. 70.

⁴ Там само. С. 69.

⁵ Inter-American Court of Human Rights. *Case of Blake v. Guatemala*. Judgment of January 24, 1998. URL:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_ing.pdf, para. 67.

⁶ Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. a/cn.4/ser.a/2001/add.1 (part 2). С. 71.

⁷ International Court of Justice. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. I.C.J. Reports 1997, para. 79.

⁸ Лукашук И. И. *Право международной ответственности*. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 154.

⁹ *European Communities and Certain Member States-Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*. WTO. Report of the Appellate Body. WT/DS316/AB/R. 18 May 2011. P–ara. 684, 685.

¹⁰ Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. a/cn.4/ser.a/2001/add.1 (part 2). С. 69.

Висновок про те, що закінчення призводить до урівняння продовжуваного діяння з миттєвим діянням у значенні ст. 14 (1) Статей змусило деяких коментаторів закликати відмовитися від миттєвого/продовжуваного розмежування та зосередитись суто на незакінчених/закінчених актах, і описувати миттєві діяння як такі, що «закінчені» від початку. Дж. Кроуфорд відзначає, що як метод характеристики таке відмежування залишається корисним, і знайшло відображення в літературі¹¹.

Таким чином, загальним «орієнтиром» при визначенні часу, протягом якого триває порушення міжнародно-правового зобов'язання, є положення статті 14 Статей про відповідальність держав 2001 р., що проводить розмежування між порушеннями, що не мають тривалого характеру і триваючими протиправними діяннями, а також визначає значення такого розмежування для випадку зобов'язань із запобігання виникненню певної події. У кожному з цих випадків береться до уваги питання збереження в силі порушеного зобов'язання¹².

У разі, коли міжнародно-протиправне діяння держави не носить характер триваючого – (є миттєвим порушенням) (*instantaneous breach*)–, порушення відбувається в той момент, коли таке діяння було вчинене, тобто діяння та його наслідки фіксуються в певний момент часу. У випадку, коли міжнародно-протиправне діяння носить характер триваючого, воно триває протягом усього часу, коли воно суперечить міжнародно-правовому зобов'язанню держави.

Анотація.

У статті на підставі вивчення сучасної доктрини та практики міжнародного права надається характеристика темпорального елементу порушення міжнародно-правового зобов'язання держави, а саме визначенні часу, протягом якого триває порушення міжнародно-правового зобов'язання, проводиться розмежування між триваючим та миттєвим порушенням міжнародно-правового зобов'язання. Обґрунтовано, що у разі, коли міжнародно-протиправне діяння держави не носить характер триваючого (є миттєвим порушенням), порушення відбувається в той момент, коли таке діяння було вчинене, тобто діяння та його наслідки фіксуються в певний момент часу. У випадку, коли міжнародно-протиправне діяння носить характер триваючого, воно триває протягом усього часу, коли воно суперечить міжнародно-правовому зобов'язанню держави.

Summary.

The article is devoted to the temporal element of the breach of an international legal obligation of the state, namely, to the question of the extension in time of the breach of an international obligation, to the distinction between breaches not extending in time and continuing wrongful acts. It is substantiated that when an internationally wrongful act of a state is instantaneous, the breach occurs at the moment when such an act was committed. Whether an internationally wrongful act is continuing, it occupies the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation of the State.

References:

1. Crawford J. *State Responsibility : The General Part*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. 912 p.
2. Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. A/CN.4/SER.A/2001/ADD.1 (PART 2). С. 32–174.
3. Salmon J. *Duration of the Breach*. In J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson. *The Law of International Responsibility*. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 383–396.
4. Доклад Комиссии Генеральной Ассамблее о работе ее сорок восьмой сессии A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2).
5. Draft articles on state responsibility with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on first reading. January 1997. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf.
6. ICSID. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Case No. ARB/03/3, decision on jurisdiction. 22 April 2005.
7. Консультативное заключение МС ООН. Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Югозападная Африка) вопреки Резолюции 276 (1970) Совета Безопасности. 21 июня 1971 г. URL: https://legal.un.org/icjsummaries/documents/russian/st_leg_serf1.pdf
8. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Hostages) (U.S. v. Iran) (1980)*. ICJ Reports. 1980. P. 3.
9. *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*. Reports of International Arbitral Awards. Vol. 20. 1990.
10. *Gomes-Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil*. Inter-American Court of Human Rights. 24 November 2010. URL: <https://www.refworld.org/cases,IACRTHR,4d469fa92.html>.
11. ICJ. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Judgment of 20 July 2012. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/144/144-20120720-jud-01-00-en.pdf>.

¹¹ Crawford J. *State Responsibility : The General Part*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 265.

¹² Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями к ним. Ежегодник комиссии международного права. 2001. Том II. Часть вторая. A/CN.4/SER.A/2001/ADD.1 (PART 2). С. 68.

12. Джафаров И. Обязательства государств, вытекающие из решений Европейского суда по правам человека. *Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр.* 2009. Вип. 37. С. 447–454.
13. Loizidou v. Turkey. Judgment of the European Court of Human Rights of 18 December 1996. EHRR. Vol. 23. P. 513.
14. Inter-American Court of Human Rights. Case of Blake v. Guatemala. Judgment of January 24, 1998. URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_ing.pdf.
15. International Court of Justice. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. I.C.J. Reports 1997. P. 54.
16. Лукашук И. И. *Право международной ответственности*. М.: Волтерс Клувер, 2004. 432 с.
17. WTO. Report of the Appellate Body. WT/DS316/AB/R. 18 May 2011.

Independence of the advocacy: world trends and challenges of today

Незалежність адвокатури: світові тенденції та виклики сьогодення

Demchina Tatiana

Ключові слова:

адвокатура, незалежність професійних асоціацій адвокатів, самоврядування, гарантії незалежності адвокатури, адвокат як суб'єкт фінансового моніторингу.

Key words:

advocacy, the independence of professional bar association, self-government, guarantees of independence of advocacy, subject of financial monitoring

Обґрунтування вибору теми дослідження. Правовий статус адвокатури, ступінь її незалежності і суверенності завжди були одними з визначальних показників захищеності прав людини, розвитку демократичних інститутів держави. У різних країнах професійні асоціації адвокатів можуть мати різну структуру і підлягати різному ступеню контролю з боку державних органів судової і виконавчої влади. В останні роки спостерігається підвищений інтерес до питання співвідношення незалежності та регулювання адвокатської професії. Крім того, стало загальноприйнятим говорити про відносно недавню тенденцію переходу від саморегулювання адвокатської професії до спільного регулювання. Глобальним викликом незалежності адвокатури в даний момент стало те, що адвокати опинилися в авангарді боротьби з відмиванням коштів, одержаних злочинним шляхом, і повинні виконувати певні зобов'язання, що можуть вводити у протиріччя з принципом їх незалежності і самоврядності.

Метою статті є аналіз поглядів науковців на проблеми незалежності інституту адвокатури, питання його взаємодії з органами державної влади, оцінка законодавства різних правових систем щодо «відмивання грошей» з точки зору додержання незалежності адвокатури та професійної адвокатської таємниці.

Виклад основного матеріалу. Адвокатура має гарантії незалежності в кожній правовій демократичній державі. Інституційно такі гарантії реалізуються через принципи самоврядування й саморегулювання. Саме такими є міжнародні стандарти, закріплені Рекомендаціями Ради Європи (25 жовтня 2000 р.), Основними принципами ООН щодо ролі адвокатів (14 грудня 1990 р.), резолюціями Парламентської асамблеї Ради Європи та іншими міжнародними документами. Хартія основних принципів європейської юридичної професії та Кодекс поведінки європейських адвокатів проголошують незалежність професії адвоката та її самоврядність визначальними цінностями.

У висновку Міжнародної асоціації адвокатів незалежність адвокатури розуміється, як: 1) незалежність від впливу держави, під яким мається на увазі втручання у взаємовідносини клієнта та адвоката, що перешкоджає виконанню останнім його професійних обов'язків; 2) незалежність шляхом самоврядування, яка означає, що адвокатура та її члени повинні управляти своїми справами самостійно. Водночас державні органи та посадові особи (парламент, уряд, суд) можуть проявляти інтерес до діяльності адвокатури; 3) незалежність, в основі якої лежить порядність адвоката. У висновку справедливо підкреслюється необхідність підтримки незалежності юридичної професії, але одночасно відзначається, що жодна держава не в змозі миритися з повною незалежністю¹.

Незалежність інституту адвокатури доцільно трактувати в контексті Рекомендацій Rec (2000) 21 як «свободу професії від будь-яких неналежних обмежень, впливів, тиску, погроз або втручання, прямих або опосередкованих, з будь-якого боку та з яких мотивів². Під «незалежністю інституту адвокатури» ми розуміємо таке встановлене законом правове становище органів адвокатської спільноти, яке дозволяє їм самостійно і незалежно від неналежного втручання вирішувати питання своєї внутрішньої організації, а також інші завдання, визначені в законі, тобто здійснювати самоврядування.

¹ Международная ассоциация адвокатов [Електронний ресурс] Режим доступа: http://www.ibanet.org/Legal_Policy_Research_Unit.aspx

² Рекомендация Rec (2000) 21 О свободе осуществления профессии юриста. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_2000_21_2000_10_25.pdf

Незалежність адвокатури обумовлена не тільки її можливостями самостійно вирішувати питання внутрішнього життя, але також і характером відносин з державними інститутами. Незалежність адвокатури - це стан балансу між інтересами цього інституту і держави, відповідний вищій конституційній цінності - забезпеченню прав людини. Ця незалежність може бути обмежена тільки в інтересах ефективного виконання професійного обов'язку адвокатом і в інтересах правосуддя в межах, що випливають із принципів професійної етики та процесуального законодавства¹.

Говорячи про саморегулювання адвокатської професії на основі принципу незалежності, Роберт Гордон (Robert Gordon, 1988) відзначає, що одним з положень, які лежать в основі верховенства закону, є права адвокатів бути вільними від будь-якого впливу, що може перешкодити їм виконувати свої обов'язки². На думку Еліс Вуллі (Alice Woolley, 2011), незалежність адвокатури визначається як механізм дотримання нормативних принципів, що дозволяє регулювати досягнення адвокатами нормативних цілей - виконання професійних і етичних адвокатських обов'язків.³ А.В. Рагулін вказує, що оскільки адвокати виконують публічно-правову функцію з надання професійної правничої допомоги, існує необхідність забезпечення певного контролю як за адвокатською діяльністю, так і за діяльністю корпоративних органів адвокатури та адвокатських утворень, який не підриває принцип незалежності адвокатури.⁴ І.С. Яртіх, досліджуючи проблеми взаємодії адвокатури та держави, доводить існування теорії управління адвокатурою, визначаючи подвійну природу такого управління - корпоративну (самоврядування) і державну.⁵ Незалежність адвокатів більше, ніж свобода від втручання держави, її доцільно розглядати як один з елементів стандарту незалежності адвокатури. Обсяг реалізації такого елементу незалежності адвокатури як незалежність від держави збільшується пропорційно розширенню самоврядування адвокатури.

Незалежність адвокатури не є самоціллю. Цей привілей дається адвокатам для успішного виконання ними функцій, покладених на них державою. Виникає запитання: хто є головним бенефіціаром професійної «незалежності» - адвокатура, адвокати, правова система чи суспільство в цілому? Як і у випадку встановлення судової незалежності, самою причиною існування такого привілею є виконання певної функції. У випадку незалежності судової влади, така функція забезпечує умови для справедливого та неупередженого вирішення конкретних справ. Виходячи з правової природи адвокатури, статусу адвоката як учасника процесу і невід'ємної частини здійснення правосуддя, першочерговим обов'язком адвоката є сприяння здійсненню правосуддя.⁶ Кінцевою метою незалежності адвокатури є досягнення такої системи судочинства, яка б належним чином сприяла дотриманню та захисту прав кожної особи. Таким чином, головним бенефіціаром будь-якої професійної «незалежності» потенційно є кожна особа, оскільки така незалежність встановлюється та підтримується з метою гарантування кожному неупередженого, швидко та доступного юридичного захисту належної якості.

Як зазначається у Висновках Багатосторонньої наради з питань судової публічної політики Ради Європи (Conclusions of the Multilateral meeting on 'judicial public policies' of the COE, Strasbourg, 2000), «незалежність повинна розглядатися не як привілей, наданий суддям, а як гарантія для громадян. Отже, незалежність та відповідальність суддів не суперечать одна одній»⁷. Адвокатура для реалізації покладених на неї функцій повинна мати таку ж саме незалежність, як і судова влада, що є необхідним для справедливого відправлення правосуддя, зміцнення демократії і верховенства закону.

Професор юридичного факультету в Загребі, член Комітету експертів з ефективності правосуддя Алан Узелак (Alan Uzelak) зазначає: чим менше повноважень у адвокатури, тим вище її шанси бути «незалежною»; чим більше прерогативи і влади, якими вона володіє, тим сильніше необхідність застосовувати певні зовнішні механізми контролю (тобто нагляду з боку державних органів - судів, міністерств юстиції).⁸ Більше того, адвокатура не може бути абсолютно незалежною і ніколи не була такою хоча б з огляду на те, що найважливішим механізмом зовнішнього контролю адвокатури державою є його невід'ємне право

¹ Вільчик Т.Б. Реалізація принципу незалежності професійної діяльності адвокатів у взаєминах з державною владою // Т.Б.Вільчик // Вісник Академії адвокатури України - Том 11 - № 2(30) - 2014 - С. 63-74.

² Robert Gordon, *The Independence of Lawyers*. (1988) 68 B.U.L. Rev. P.38. <https://cutt.ly/zgIKi8d>

³ Alice Woolley. *Rhetoric and Realities: What Independence of the Bar Requires of Lawyer Regulation*. SSRN Electronic Journal 4(8). June 2011. P.12.

⁴ Рагулін А. В. Трактат об Обращении 32-х, принципах, дискриминации и демократии в российской адвокатуре: монография. Москва: Евразийский научно-исследовательский институт проблем права, 2019. 584 С., с. 161.

⁵ Яртых И.С. Адвокатура и власть. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. 176 С. с.111-112.

⁶ Vilchuk T. Duties of a lawyer to a court and to a client: foreign scientific doctrine and proposals for the legislation of Ukraine. *Russian Law Journal*. 2018; 6(4): 62-99. P. 27 / Available at: <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2018-6-4-62-99>

⁷ Council of Europe document ADACS/DAJ Strasbourg mult. Concl. (2000), p. 4, §5.

⁸ Alan Uzelak. *The independence of the Bars and their relationship with the public authorities / The independence of lawyers: proceedings 28th Colloquy on European Law in co-operation with the University of Pau and [...] books.lawlegal.eu* Retrieved 09, 2020.

створювати законодавчу базу, яку адвокати, адвокатські об'єднання і органи корпоративного управління зобов'язані дотримуватися.

Хоча адвокатська діяльність в сучасному світі здійснюється за принципом самоорганізації адвокатів і адвокатських спільнот, у світі є небагато країн, де адвокати повністю саморегулюються без будь-якого нагляду, керівництва чи обмежень з інших джерел, таких як виконавча, законодавча чи судова гілки влади.

Державні органи виконавчої і судової влади провідних держав Європейського Союзу (Велика Британія, Франція, Німеччина тощо) мають, як правило, значні повноваження з контролю за формуванням адвокатських асоціацій, їх дисциплінарною і нерідко гонорарною практикою. У країнах Європейського Союзу цей контроль носить зовнішній характер і передбачає певне втручання держави у внутрішні справи органів самоврядування адвокатури.⁹

Закон Про юридичні послуги Великої Британії 2007 року¹⁰ докорінно змінив деякі аспекти регулювання діяльності адвокатів в цій країні. Найзначніший аспект структурних перетворень пов'язаний зі створенням регулюючого органу - Ради з юридичних послуг, на яку покладено управління всіма юридичними особами, які регулюють діяльність англійських юристів, провайдерів, включаючи адвокатів і повірених. Рада з юридичних послуг затвердила Орган регулювання адвокатів (SRA) як основний регулятор для адвокатів в Англії та Уельсі, Раду з питань адвокатури та Юридичну службу Омбудсмену. Рада з юридичних послуг встановлює стандарти, які регулюють поведінку адвокатів, здійснює «цілеспрямоване регулювання», яке передбачає не лише реагування на конкретні порушення адвокатами своїх професійних зобов'язань, а намагання уникати, виявляти та виправляти обставини, що створюють високий ризик професійних порушень.¹¹

На цей час зусилля Ради з юридичних послуг зорієнтовані на захист прав споживачів цих послуг. Наприклад, у свій щорічний звіт Рада з юридичних послуг включає окремий розділ «Регулювання в інтересах споживачів».¹² Характеризуючи діяльність регулюючих органів Англії і Уельсу, слід зазначити, що до Правління Ради з питань адвокатури входять не тільки адвокати, але й не юристи, яких призначають, а не обирають. При цьому кількість осіб, що не є юристами, має тенденцію збільшуватися.¹³

Деякою альтернативою саморегулювання є спільне регулювання або наглядове регулювання. Модель спільного регулювання передбачає, що право подачі скарг на дії адвокатів може бути поділено між різними регулюючими органами, в той час як модель нагляду може дозволяти оскаржити рішення, прийняті корпоративними органами асоціацій адвокатів, до незалежного органу (прикладом спільного регулювання адвокатської професії, де два або більше органів поділяють нагляд за адвокатами, є Австралія, Англія та Уельс). Вказане положення не входить у протиріччя з міжнародними стандартами, якими передбачено, що у вирішенні певних питань своєї діяльності асоціації адвокатів не можуть виступати в якості кінцевої інстанції. Наприклад, рішення щодо дисциплінарних стягнень своїх членів, надання дозволу на здійснення адвокатської діяльності «мають підлягати перегляду незалежним і безстороннім судовим органом».¹⁴ У будь-якому випадку, така доктрина «субсидіарності» залишається потенційною перешкодою для претензій на ідеальну «незалежність» та «автономію» корпоративних органів професійних асоціацій адвокатів.

Незалежність адвокатури обумовлюється не тільки недопущенням недоречного впливу з боку державних структур, але й прийняттям певних рішень самими адвокатськими асоціаціями. Так, еліта адвокатської спільноти, особливо в країнах, що розвиваються, стоїть перед непростим вибором між ототожненням себе з політичною елітою країни і необхідністю реагувати на запит з боку рядових членів професії, які постійно стикаються з порушеннями закону з боку представників влади. В авторитарних державах адвокати можуть представляти і захищати інтереси владної еліти і в цьому відношенні бути продовженням правоохоронної системи (Gerber and Mendelson, 2008).¹⁵ Однак, у більшості випадків адвокати, навпаки, виступають на стороні опозиції. Позиція адвокатської спільноти може бути і підкреслено аполітичною, але навіть в цьому випадку вона через свою професійну діяльність здатна робити істотний вплив на суспільство (наприклад, через допомогу малозахисеним верствам населення).

Як показує багато досліджень, адвокати, зважаючи на значимість займаного ними соціального стану та наявність у них професійних компетенцій, пов'язаних з питаннями правозастосування, часто виступають

⁹ Деханов С. А. Адвокатура в Западной Европе: опыт и современное состояние : дисс. ... д-ра. юрид. наук / С. А. Деханов. – М., 2011. – С. 252-253.

¹⁰ Legal Services Act, 2007 (UK) 2007.

¹¹ Legal Services Act, 2007 (UK) 2007.

¹² Legal Services Board Annual Report 2009/2010, para.38.

¹³ Law Society General Regulations, p. c. 14 (6). Available at: <http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/generalregulations.pdf>

¹⁴ Международная ассоциация адвокатов [Електронний ресурс] Режим доступа: http://www.ibanet.org/Legal_Policy_Research_Unit.aspx

¹⁵ Gerber T. P. and Mendelson S. E. (2008). Public Experiences of Police Violence and Corruption in Contemporary Russia: A Case of Predatory Policing? *Law and Society Review*, vol. 42, no. 1, pp. 1–44. Available at: <http://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2008.00333.x>

ключовими акторами соціальних реформ (наприклад, реформи державного управління в Ізраїлі, правові реформи в Китаї, регулярні політичні ініціативи в США¹). Вплив адвокатських корпорацій на суспільні процеси, як зазначає соціолог Е. Фрейдсон (Freidson, 1988), безсумнівно пов'язаний зі ступенем їх професіоналізації, вираженим у розвитку їх автономії, компетенції, етиці, професійній комунікації.²

Глобальним викликом незалежності адвокатури є те, що адвокати в даний момент знаходяться в авангарді боротьби з відмиванням грошей. Друга Директива по боротьбі з відмиванням грошей мала значний вплив на професійні привілеї всіх адвокатів, що працюють в Європейському співтоваристві, в результаті якої було встановлено широке обмеження гарантій права на захист, конфіденційним відносинам адвоката і клієнта.³ Проте, багато держав-членів скористалися застереженням, викладеним у статті 6 (3) Директиви, відповідно до якого професійний привілей адвоката може бути порушений тільки в тому випадку, якщо адвокат не надає консультації клієнту у межах захисту або представництва інтересів клієнта. На сьогоднішній день спроби включити адвокатів до сфери дії законодавства про боротьбу з відмиванням грошей в деяких країнах призвели до того, що у адвокатів з'явилася можливість розкривати або не розкривати інформацію про те, що їх клієнт бере участь в передбачуваній діяльності по відмиванню грошей.⁴ Разом з тим, багато юрисдикцій повністю прийняли рекомендації FATF, і європейське співтовариство є яскравим прикладом цього.

Щодо інших країн, то, наприклад, американська правова система розглядає професійні привілеї адвокатів як основоположні для відносин адвоката з клієнтом і тому не схильна вносити зміни до свого поточного законодавства про боротьбу з відмиванням грошей з тим, щоб включити в нього таких фахівців, як адвокати. Адвокат може розкрити інформацію, яка відноситься до представництва клієнта, в тій мірі, в якій адвокат розумно вважає це за необхідне для запобігання вчиненню клієнтом злочину або шахрайства, які з достатнім ступенем впевненості можуть привести до істотного збитку фінансовим інтересам або власності іншої особи і для чого клієнт скористався послугами юриста.⁵

У Канаді вирішення даного питання фактично перетворилося у правову колізію. Закон, який зобов'язав адвокатів повідомляти про підозрілі фінансові операції клієнтів і проводити процедуру їх ідентифікації, протягом декількох років заперечувався в судах. У 2015 році по справі «Генеральний прокурор Канади проти Федерації адвокатських об'єднань» Верховний Суд Канади дійшов висновку, що даний закон встановлює втручання держави у відносини юристів і їхніх клієнтів, таким чином, він підриває можливості адвокатів представляти клієнтів.⁶ Крім Канади, адвокати не зобов'язані повідомляти про випадки «відмивання коштів» своїми клієнтами в Індії та Китаї.

Відповідно до міжнародних зобов'язань України, 06.12.2019 був прийнятий Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» №361-ІХ, який набув чинності 28.04.2020.⁷ Закон викликав занепокоєння науковців та практиків з точки зору, по-перше, співвідношення адвокатської таємниці та обов'язку адвокатів здійснювати фінансовий моніторинг; по-друге, дотримання принципу незалежності адвокатів та недопустимості втручання держави у їхню діяльність.

Те, що згідно із Законом № 361-ІХ адвокати є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, не заперечується українськими адвокатами. Водночас Закон має низку положень, які суперечать міжнародним стандартам в частині незалежності інституту адвокатури. Зокрема, це стосується надання контрольних функцій щодо фінансового моніторингу і можливості застосування дисциплінарних санкцій до адвокатів Міністерством юстиції, що не лише створює загрозу незалежності адвокатури, а й суперечить як нормам Конституції України (ст.ст.59, 131-2), так і Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яким встановлено, що дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється виключно кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури, та закріплено вичерпний перелік дисциплінарних санкцій, що можуть застосовуватися до адвоката (ст.ст.33-35). Крім того, Законом № 361-ІХ установлені такі додаткові дисциплінарні санкції стосовно адвокатів, яких немає в профільному законодавстві, як письмове застере-

¹ Gerber T. P. and Mendelson S. E. (2008). Public Experiences of Police Violence and Corruption in Contemporary Russia: A Case of Predatory Policing? *Law and Society Review*, vol. 42, no. 1, pp. 1–44. Available at: <http://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2008.00333.x>

² Freidson E. *Professional Powers: A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge*. Chicago, Chicago University Press. 1988.

³ Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of the European Union of 4 December 2001.

⁴ Costa, S. Implementing the new anti-money laundering directive in Europe: Legal and enforcement issues. The Italian Case, Paolo Baffi Centre on Central.

⁵ Goldstein, H.W., "Debate Over Lawyers' Role in Anti-Money Laundering Enforcement", *Business Crimes Bulletin*. Rule 1.6. Confidentiality of Information, American Bar Association Model Rules of Professional Conduct

⁶ Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada. 2015. SCC 7. Available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14639/index.do>

⁷ Закон України Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text>

ження та «анулювання ліцензії, що дає право на зайняття адвокатською діяльністю». Однак, такого поняття як ліцензія, законодавство України не передбачає взагалі, що створює ще одну колізію, яка потребує усунення найближчим часом.

Багато сучасних проблем, що виникають у функціонуванні адвокатури, є прикладами глобальних викликів і тенденцій. Адвокатам настав час створити інфраструктуру, яка дозволить регулюючим органам юристів з усього світу на постійній основі обмінюватися ідеями та інформацією один з одним, у тому числі з метою недопущення порушення міжнародних стандартів організації та діяльності цього правозахисного інституту, серед яких найважливіше місце займає стандарт незалежності.

Висновки. Хоча міжнародні документи проголошують незалежність адвокатури та її самоврядність визначальними цінностями, професійні асоціації адвокатів у світі можуть підлягати різному ступеню контролю з боку державних органів судової і виконавчої влади.

Адвокатура для реалізації покладених на неї функцій повинна мати таку ж ступень незалежності, як і судова влада, яка є необхідною для справедливого відправлення правосуддя.

Незалежність адвокатури обумовлюється не лише недопущенням недоречного впливу або втручання з боку державних структур, але й прийняттям певних рішень самими адвокатськими асоціаціями.

Адвокатські корпорації можуть здійснювати суттєвий вплив на суспільні процеси, що відбуваються у країнах, рівень якого пов'язаний зі ступенем їх незалежності.

Більшість країн повністю прийняли рекомендації FATF щодо «відмивання грошей». Однак, правові системи деяких держав розглядають професійні привілеї адвокатів як основоположні для відносин адвоката з клієнтом. У законодавстві України існують певні колізії, як мають бути негайно усунуті.

Адвокатам доцільно створити інфраструктуру, яка дозволить регулюючим органам юристів з усього світу на постійній основі обмінюватися ідеями та інформацією один з одним, в тому числі з метою недопущення порушення міжнародних стандартів організації та діяльності цього правозахисного інституту, серед яких найважливіше місце займає стандарт незалежності.

Анотація.

У статті проведено дослідження дотримання стандарту незалежності адвокатури з точки зору захисту прав та законних інтересів людини та його співвідношення із законодавчим закріпленням регулювання адвокатської професії у деяких країнах світу, а також розглянуті глобальні виклики, що стоять перед адвокатською спільнотою у даний час та відношенням правових систем до вирішення даної проблеми.

Summary.

The essence and meaning of compliance with the standard of advocacy's independence is researched in the article in terms of protection of human rights and legitimate interests and its relationship with the legal regulation of bar profession in some countries of the world. Some global challenges facing the lawyers' community today and the attitude of the legal systems of different countries to solve this problem considered in the article.

References:

1. Международная ассоциация адвокатов [Електронний ресурс] Режим доступа: http://www.ibanet.org/Legal_Policy_Research_Unit.aspx
2. Рекомендация Rec (2000) 21 О свободе осуществления профессии юриста. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_2000_21_2000_10_25.pdf
3. Robert Gordon, The Independence of Lawyers. (1988) 68 B.U.L. Rev. <https://cutt.ly/zgIKi8d>
4. Alice Woolley . Rhetoric and Realities: What Independence of the Bar Requires of Lawyer Regulation. SSRN Electronic Journal 4(8). June 2011. P.12.
5. Рагулин А. В. Трактат об Обращении 32-х, принципах, дискриминации и демократии в российской адвокатуре: монография. Москва: Евразийский научно-исследовательский институт проблем права, 2019. 584 с.
6. Яртых И.С. Адвокатура и власть. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. 176 с.
7. Vilchuk T. Duties of a lawyer to a court and to a client: foreign scientific doctrine and proposals for the legislation of Ukraine. Russian Law Journal. 2018; 6(4): 62-99 / Available at: <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2018-6-4-62-99>
8. Council of Europe document ADACS/DAJ Strasbourg mult. Concl. (2000), p. 4, §5.
9. Alan Uzelak. The independence of the Bars and their relationship with the public authorities / The independence of lawyers: proceedings 28th Colloquy on European Law in co-operation with the University of Pau and [...] books. lawlegal.eu Retrieved 09, 2020.
10. Gerber T. P. and Mendelson S. E. (2008). Public Experiences of Police Violence and Corruption in Contemporary Russia: A Case of Predatory Policing? Law and Society Review, vol. 42, no. 1, pp. 1–44. Available at: <http://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2008.00333.x>
11. Яковлев А. А., Казун А. П., Ситкевич Д. А., Профессиональные организации как драйверы социальных изменений в развивающихся странах / Журнал конституциональных исследований. № 3. 2016. с. 47-71.

12. Freidson E. *Professional Powers: A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge*. Chicago, Chicago University Press. 1988.
13. Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of the European Union of 4 December 2001.
14. Costa, S. *Implementing the new anti-money laundering directive in Europe: Legal and enforcement issues. The Italian Case*, Paolo Baffi Centre on Central.
15. Goldstein, H.W, "Debate Over Lawyers' Role in Anti-Money Laundering Enforcement", *Business Crimes Bulletin*. Rule 1.6. Confidentiality of Information, American Bar Association Model Rules of Professional Conduct
16. *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*. 2015. SCC 7. Available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14639/index.do>
17. Закон України Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text>)

Demchina Tatiana,

*graduate student of the Department of Advocacy of the National Law
Yaroslav the Wise University, Kharkiv, Ukraine*

The ratio of international law and national regulation of property rights

Співвідношення міжнародно-правового і національного регулювання права власності

Dobrev M.

Ключові слова:

право власності, міжнародні стандарти, конституційні принципи; загальні конституційні принципи права власності, спеціальні конституційні принципи права власності.

Keywords:

property rights, international standards, constitutional principles; general constitutional principles of property rights, special constitutional principles of property rights.

Постановка проблеми. В останні десятиліття з переходом ряду країн Східної Європи до принципів відкритості в організації суспільства і внаслідок цього закономірного розширення географічної сфери взаємовпливу, в рамках якої здійснюється інтеграція осіб, капіталів, майна і прав людини, інститут права власності отримав значно більшого поширення, ніж раніше.

Досліджуваний інститут вийшов за національні кордони і набув закріплення в міжнародно-правових актах. Через вироблення єдиних міжнародних стандартів в області права власності на даному етапі відбувається зближення національних правових систем, уніфікація режиму права власності. Це не тільки сприятливо позначається на розвитку економічних зв'язків суб'єктів різних країн, інтернаціоналізації економічного обороту, а й допомагає виконанню завдання загального гуманітарного простору з єдиними правовими цінностями та засобами для їх захисту.

Уніфікований режим права власності сприяє виконанню завдання іншого рівня - формування спільного гуманітарного простору з єдиними правовими цінностями та засобами для їх захисту¹. У цьому контексті право власності виступає ще і як право людини, є однією з базових культурних цінностей, тому питання співвідношення міжнародних стандартів у сфері права власності й конституційних засад його регулювання є актуальним і потребує наукового розгляду.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання про міжнародні стандарти щодо основних прав, свобод і обов'язків розглядалися в працях таких учених як М.Баглай, Б.Габричидзе, В.Головатенко, А.Грабільніков, О.Козлова, А.Ковлер, Є.Колюшин, О.Крупчан, О.Кутафін, А.Мішин, Т.Присяжнюк, В.Румянцев, О.Стрельцова, Б.Страшун, Ю.Тодика, О.Фрицький, В.Чиркін, В.Яворський В. та інших.

Окремі аспекти дослідження інституту власності були предметом розгляду в працях В. Базилевича, І.Бентама, Т. Веблена, О. Дзери, М. Домашенко, В. Ємельянова, І. Ільїна, Н.Кузнецова, Р.Майданника, В. Рубаника, С. Степаненко, Е.Суханова, Ю. Ушакова, В. Фесечко, Е. Харитоновна, Г. Черкасова, Я. Шевченко та інших.

Питання засад конституційно-правового регулювання права приватної власності розглядалися в роботах вчених-конституціоналістів Ю.М. Бисаги², Ю.Ю. Бисаги³, В.Д. Волкова^{4,5}, Л.М. Дешко, та інших. Питання захисту права приватної власності розглядалися в наукових дослідженнях Л. Дешкоб, Т. Ейзер⁷, Г. Нечи-

¹ Dешко L. Restitutio in integrum: підходи Європейського суду з прав людини. Порівняльно-аналітичне право. 2018. №5. С. 365-368.

² Dешко L., Bysaga Y., Kalyniuk S., Bysaga Y. State Obligations on Provision the Right of Primary Healthcare Doctor for Medical Practice as Entrepreneurship in the Light of Transformation of the Health Care System of Ukraine. Georgian Medical News. 2020. №6 (303). P. 194-199.

³ Dешко L., Bysaga Y., Bysaga Y. Public procurement in the healthcare sector: adaptation of the administrative legislation of Ukraine to the EU legislation. Georgian Medical News. 2019. №6 (291). P. 126-130.

⁴ Волков В., Дешко Л. Медичне право – реальність сьогодення. Інформаційний правовий простір. 2007. № 18. С. 45–48.

⁵ Волков В., Дешко Л. На захист медичного права. Юридичний Вісник України. 2006. № 8. С. 8.

⁶ Dешко L. The principle of «de minimis non curat praetor» in International Law. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2018. №4. С. 5-15.

⁷ Ezer T., Dешко L., Clark N. G. et al. Promoting public health through clinical legal education: Initiatives in South Africa, Thailand, and Ukraine. Human Rights Brief. 2010. №17/27. P. 32. URL: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/17/2ezer.pdf>.

порук¹ та ін. Незважаючи на значні доробки науковців за вказаним напрямком, залишається відкритим і потребує подальшого дослідження питання, що стосується співвідношення міжнародних стандартів у сфері права власності й конституційних засад його регулювання.

Мета статті полягає у висвітленні співвідношення міжнародно-правового і національного регулювання принципів права власності, зокрема, на конституційному рівні.

Виклад основного матеріалу. Загальні підходи щодо правового регулювання відносин власності, визнані демократичними державами світу, набули статус стандартів і здійснюють відповідний вплив на правове регулювання відносин власності окремої держави, визначають базові принципи, яким воно повинно відповідати.

Міжнародні стандарти містяться у відповідних міжнародних документах. Так, Загальна декларація прав людини була прийнята 10 грудня 1948 року і є актом так званого «м'якого права», проте, дотримання зобов'язань за Декларацією є предметом постійного спостереження з боку міжнародного співтовариства, навіть якщо її положення не знайшли відображення в тексті інших, більш обов'язкових міжнародних актів. Зокрема, поряд з іншими документами, положення Декларації є основою Універсального періодичного огляду (УПО), а її порушення можуть бути підставою для індивідуальних звернень до Ради з прав людини ООН відповідно до Резолюції Ради з прав людини 5/1 від 18 червня 2007 року (колишня процедура 1503). Так, у ній міститься один з найважливіших принципів права власності: «1. Ніхто не може бути безпідставно позбавлений свого майна. 2. Кожна людина має право володіти майном як одноосібно, так і спільно з іншими» (ст.17)².

Наступним документом, в якому визначено принципи права власності, є Конвенція про закони і звичаї сухопутної війни (IV Гаазька конвенція), яка була підписана 18 жовтня 1907 року, проте не була ратифікована і не вступила в силу в якості міжнародного договору³. Однак, застосування її положень підтвердив Міжнародний суд ООН в консультативному висновку щодо правових наслідків будівництва стіни на окупованій палестинській території від 9 липня 2004 року (п. 98), яким заборонено довільне позбавлення власності і встановлені умови, при яких таке позбавлення визнається можливим: «Стаття XXIII. Крім обмежень, встановлених особливими угодами, забороняється: [...] винищувати або захоплювати ворожу власність, крім випадків, коли подібне знищення або захоплення настійно викликається військовою необхідністю; Стаття XLVI. [...] Приватна власність не підлягає конфіскації. Стаття LV. Держава, що зайняла область, має визнавати за собою лише права управління і користування по відношенню до громадських будівель, нерухомості та лісам і сільськогосподарським угіддям, які знаходяться в ній і належить ворожій Державі. Повинно зберігати основну цінність цих видів власності і управляти ними згідно з правилами користування. Стаття LVI. Власність громад, установ церковних, благодійних та освітніх, художніх і наукових, хоча і належать Державі, прирівнюється до приватної власності. Будь-яке навмисне захоплення, знищення або пошкодження подібних установ, історичних пам'яток, художніх і наукових творів забороняються і повинні підлягати переслідуванню»⁴.

Четверта Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни, прийнята 12 серпня 1949 року Дипломатичною конференцією для складання міжнародних конвенцій про захист жертв війни, була підписана Українською РСР в Женеві з застереженнями в день прийняття 12 серпня 1949 р., ратифікована 3.07.1954 р. Президією Верховної Ради Української РСР і набула чинності для УРСР 3.01.1955 р. СРСР ратифікував Конвенцію Указом Президії Верховної Ради СРСР 17.04.1954 р. з застереженнями, зробленими при підписанні. В ній містяться наступні положення, які розглядаються в якості стандартів принципів права власності: «Будь-яке знищення окупаційною державою рухомого або нерухомого майна, що є індивідуальною або колективною власністю приватних осіб або держави, громад, будь-яких суспільних чи кооперативних організацій, яке не є абсолютно необхідним для військових операцій, забороняється Першим Протоколом до Конвенції про захист прав людини і основних свобод (ст.53)⁵.

Європейська Конвенція, прийнята 4.11.1950 року, спочатку не містила норм щодо права власності. Відповідними положеннями Конвенція була доповнена згідно Першому Протоколу тільки 20.03.1952 р. Україна підписала цей Протокол 19.12.1996 р., ратифікація відбулася 17.07.1997 р. і в ній зазначено: «Стаття 1. Захист власності 1. Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними

¹ Конституційне право на звернення до Європейського суду з прав людини та механізм реалізації права на виконання його рішень / Г.Ю. Нечипорук, Ю.М. Бисага, В.В. Берч, Л.М. Дешко, Ю.Ю. Бисага, К.О. Нечипорук. Ужгород, ТОВ «РІК-У», 2020.

² Загальна декларація прав людини. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

³ IV Гаазька конвенція від 18 жовтня 1907 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text.

⁴ Консультативний висновок Міжнародного Суду ООН відносно правових наслідків будівництва стіни на окупованій палестинській території: документ ООН A/ES 10/273, 13 July 2004, Russian. Український часопис міжнародного права : науково-практичний журнал. Міжнародне право. Порівняльне правознавство. 2004. С. 82-123.

⁵ Конвенція про захист цивільного населення під час війни (Конвенцію ратифіковано Законом України від 08.02.2006). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

принципами міжнародного права. 2. Попередні положення не применшують права держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів чи штрафів»⁶.

У Декларації про права людини стосовно осіб, які не є громадянами країни, в якій вони проживають, прийнятою резолюцією 40/144 Генеральної Асамблеї ООН 13 грудня 1985 р., визначено, що іноземці мають право володіти майном як одноосібно, так і спільно з іншими з урахуванням обмежень внутрішнього законодавства (ч. 2 (d) ст. 5). Ст. 9 містить норму про заборону довільного позбавлення іноземця законним чином придбаного майна. Зазначені норми сьогодні також виступають в якості міжнародних стандартів з прав власності⁷.

Очевидно, що проблема власності виходить далеко за межі суто економічних явищ: не тільки з теорії, а й на основі реального життя слід підкреслити, що власність варто розглядати в якості влади, влади економічної, яка практично завжди претендує (в прихованих або відкритих формах) на те, щоб бути генератором влади політичної.

Власність як найважливіший елемент економічних, політичних, правових відносин є унікальною категорією, дослідженням якої присвячено чимала кількість вітчизняних і зарубіжних робіт. Однак, слід визнати, що поступальний розвиток будь-якої науки, є процесом переосмислення фактів дійсності, а також явищ, прихованих в глибинних пластах природного походження або в сфері суспільної життєдіяльності, і вимагає трудомісткого пізнавального процесу.

Дослідження базових стандартів суб'єктивного права власності свідчить, що на міжнародному рівні прийнята ціннісна концепція права власності, яка визначає основні підходи, принципи регулювання зазначеного інституту. Її властивостями є: рівність суб'єктів власності, поширення права власності на об'єкти, що мають ознаки економічної цінності, незалежно від їх матеріальної або нематеріальної природи, широкі повноваження власника, існування невизначеного кола носіїв пасивних обов'язків, а також покладання на державу додатково активних обов'язків щодо забезпечення права власності.

Міжнародні стандарти поширюються на правове регулювання відносин власності та визначають базові принципи, яким воно повинно відповідати. До числа цих принципів відносяться принцип верховенства права, принцип балансу публічних і приватних інтересів, принцип судового контролю.

Відносини власності є невід'ємним елементом системи суспільних відносин, відображаючи розподіл матеріальних благ між членами суспільства, які регулюються різними галузями права, особливе місце серед яких посідає конституційне право, що свідчить про комплексний характер цього інституту, який охоплює сукупність норм стосовно загальних принципів приналежності майна особам.

Одним із найважливіших завдань в умовах формування громадянського суспільства і правової демократичної державності, заснованої на суворій відповідності з конституційними нормами, є вдосконалення та розвиток відносин власності. У розділі I Конституції України (ст.13) йдеться про рівний захист прав усіх суб'єктів права власності. Охорона власності є однією з основних функцій української держави.

Аналіз статей другого розділу Конституції України свідчить про те, що майже всі статті цього розділу так чи інакше відображають зміст міжнародних документів, якими визначені основні принципи й підходи до регулювання інституту права власності.

Реальне здійснення та захист основних прав людини, зокрема, права власності, забезпечується державними юридичними механізмами, особливе місце серед яких належить конституційним, тобто національна правова система передбачає безпосередню дію належним чином ратифікованих норм міжнародних договорів, пріоритет яких полягає у тому, що саме вони забезпечують засоби реалізації, охорони та захисту прав людини. В цьому і полягає сутність співвідношення норм міжнародних стандартів і конституційних норм про право власності.

При цьому, як зазначають вчені-конституціоналісти «одним із індикаторів виконання державою своїх міжнародних зобов'язань у галузі прав людини є досконале визначення механізму забезпечення конституційного права кожного після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких вона є»^{8,9}.

⁶ Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Протокол ратифіковано Законом України #475/97-ВР від 17.07.97 р.)/ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text.

⁷ Декларація про права людини щодо осіб, які не є громадянами країни, в якій вони проживають: Резолюція 40/144 Генеральної Асамблеї ООН від 13 грудня 1985 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_227#Text.

⁸ Deshko L. The Subjective Legal Right Structure to Apply to the International Judicial Institutions or to the Relevant Bodies of International Organizations. Ценности и интересы современного общества: материалы Международной научно-практической конференции (Москва, 14 ноября 2013 г.). URL: <http://www.mesi.ru/our/events/detail/124931/>.

⁹ Дешко Л. Критерії ефективності національного засобу юридичного захисту щодо невиконання чи затримок у виконанні рішень національних судів (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). Правничий часопис Донецького Університету. 2012. № 1. С. 84–91.

Висновки. Міжнародні стандарти поширюються на правове регулювання відносин власності та визначають базові принципи, яким воно повинно відповідати. До числа цих принципів відносяться принцип верховенства права, принцип балансу публічних і приватних інтересів, принцип судового контролю. Конституційні принципи права власності спрямовані, по-перше, на недопущення спонтанного, кон'юнктурного характеру розвитку законодавства, що регламентує ці відносини, по-друге, на зміцнення матеріальної основи цілісності нашої держави і зміцнення єдності системи державної влади. Вся сукупність конституційних принципів права власності відображає існуючу в сучасній Україні модель і принципи взаємодії інститутів громадянського суспільства і публічної влади, політичної та економічної влади;

Конституційні принципи права власності можна поділити на дві групи: загальні й спеціальні. Загальні принципи регулюють економічні основи конституційного ладу: принцип соціальної держави; різноманіття прав і обов'язків (економічних, соціальних, природоохоронних та інших); єдність економічного простору; рівне визнання і захист усіх форм власності; принцип недискримінації; багатоманітності форм власності. Спеціальні принципи регулюють відносини, пов'язані з формами і об'єктами власності, економічними правами і обов'язками. Серед спеціальних конституційних принципів власності можна виділити: 1) що закріплюють правовий статус суб'єктів власності (приватну, публічну та інші форми власності); 2) закріплюють правовий режим об'єктів власності; 3) закріплюють економічні права і обов'язки. До цієї групи принципів слід віднести наступні: приватної та публічної власності; особливого правового режиму об'єктів народного надбання, інтелектуальної власності та інших соціально значущих об'єктів; в яких визначаються можливості і межі реалізації права власності.

Анотація.

Інститут права власності вийшов за національні кордони і набув закріплення в міжнародно-правових актах. Через вироблення єдиних міжнародних стандартів у сфері права власності на даному етапі відбувається зближення національних правових систем, уніфікація режиму права власності, що сприяє формуванню спільного гуманітарного простору з єдиними правовими цінностями та засобами для їх захисту.

Міжнародні стандарти поширюються на правове регулювання відносин власності та визначають базові принципи, яким воно повинно відповідати. До них належить принцип верховенства права, балансу публічних і приватних інтересів, судового контролю.

Аналіз статей Конституції України, зокрема її першого та другого розділів, свідчить про те, що майже всі статті цих розділів так чи інакше відображають зміст міжнародних документів, якими визначені основні принципи й підходи до регулювання інституту права власності.

Summary.

The Institute of Property Rights has gone beyond national borders and has become enshrined in international law. With the development of common international standards in the field of property rights at this stage is the convergence of national legal systems, unification of the property rights regime, which contributes to the formation of a common humanitarian space with common legal values and ways to protect them.

International standards apply to the legal regulation of property relations and define the basic principles to which it must comply. These include the principle of the rule of law, the balance of public and private interests, judicial control. Analysis of the articles of the Constitution of Ukraine, in particular its first and second sections, shows that all articles of these sections, one way or another reflect the content of international documents, which define the basic principles and approaches to the regulation of the institution of property rights.

References:

1. Загальна декларація прав людини. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
2. IV Гаазька конвенція від 18 жовтня 1907 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text.
3. Консультативний висновок Міжнародного Суду ООН відносно правових наслідків будівництва стіни на окупованій палестинській території: документ ООН A/ES 10/273, 13 July 2004, Russian. Український часопис міжнародного права : науково-практичний журнал. Міжнародне право. Порівняльне правознавство. 2004. С. 82-123.
4. Конвенція про захист цивільного населення під час війни (Конвенцію ратифіковано Законом України від 08.02.2006). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.
5. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Протокол ратифіковано Законом України #475/97-ВР від 17.07.97 р.)/ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text.
6. Декларація про права людини щодо осіб, які не є громадянами країни, в якій вони проживають: Резолюція 40/144 Генеральної Асамблеї ООН від 13 грудня 1985 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_227#Text.
7. Deshko L. Restitutio in integrum: підходи Європейського суду з прав людини. Порівняльно-аналітичне право. 2018. №5. С. 365-368.

8. Deshko L., Bysaga Y., Kalyniuk S., Bysaga Y. State Obligations on Provision the Right of Primary Healthcare Doctor for Medical Practice as Entrepreneurship in the Light of Transformation of the Health Care System of Ukraine. *Georgian Medical News*. 2020. №6 (303). P. 194-199.
9. Deshko L., Bysaga Y., Bysaga Y. Public procurement in the healthcare sector: adaptation of the administrative legislation of Ukraine to the EU legislation. *Georgian Medical News*. 2019. №6 (291). P. 126-130.
10. Волков В., Дешко Л. Медичне право – реальність сьогодення. *Інформаційний правовий простір*. 2007. № 18. С. 45–48.
11. Волков В., Дешко Л. На захист медичного права. *Юридичний Вісник України*. 2006. № 8. С. 8.
12. Дешко Л. Державне регулювання ціноутворення на лікарські засоби в країнах Європейського Співтовариства та інших країнах. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 5. С. 113–119.
13. Дешко Л. Державне регулювання системи цін на лікарські засоби в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 6. С. 21–30.
14. Deshko L. The principle of «de minimis non curat praetor» in International Law. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2018. №4. С. 5-15.
15. Ezer T., Deshko L., Clark N. G. et al. Promoting public health through clinical legal education: Initiatives in South Africa, Thailand, and Ukraine. *Human Rights Brief*. 2010. №17/27. P. 32. URL: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/17/2ezer.pdf>.
16. Конституційне право на звернення до Європейського суду з прав людини та механізм реалізації права на виконання його рішень / Г.Ю. Нечипорук, Ю.М. Бисага, В.В. Берч, Л.М. Дешко, Ю.Ю. Бисага, К.О. Нечипорук. Ужгород, ТОВ «РІК-У», 2020.
17. Deshko L. The Subjective Legal Right Structure to Apply to the International Judicial Institutions or to the Relevant Bodies of International Organizations. *Ценности и интересы современного общества: материалы Международной научно-практической конференции (Москва, 14 ноября 2013 г.)*. URL: <http://www.mesi.ru/our/events/detail/124931/>.
18. Дешко Л. Критерії ефективності національного засобу юридичного захисту щодо невиконання чи затримок у виконанні рішень національних судів (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). *Правничий часопис Донецького Університету*. 2012. № 1. С. 84–91.

Dobrev M.,

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

Subjects of statute of limitations

Суб'єкти позовної давності

Yefimov Alexander

Ключові слова:

Позовна давність, зупинення перебігу позовної давності, переривання позовної давності, об'єкт оподаткування, податкове зобов'язання, дохід, податок на доходи фізичних осіб, податок на прибуток, єдиний податок.

Keywords:

Statute of limitation, suspension of the limitation period, interruption of the limitation period, object of taxation, tax obligation, income, income tax of natural persons, income tax, single tax.

Вступ: Позовна давність є строком, зі збігом якого припиняється право на задоволення позову судом. Проте, цьому правовому інституту не надано належної уваги як з боку законодавця, так і з боку тих, хто це законодавство застосовує. Правозастосовна практика щодо позовної давності свідчить про те, що позовна давність застосовується не завжди у відповідності до її правової суті, що призводить до великої кількості помилок як щодо правильності її застосування, так і щодо суб'єктів її застосування.

Деякі аспекти позовної давності не знайшли належної розробки в науці цивільного права, де бракує досліджень з цього питання. Строки взагалі та позовна давність, зокрема піддавалися всебічному дослідженню ще за радянських часів у працях відомих цивілістів І. Б. Новицького, В. П. Грибанова, М. П. Ринга, М. А. Гурвича. Сучасні ж дослідження цих питань висвітлені у працях українських правників Т. М. Вахонєвої, В. В. Луця, О. В. Пушняка та В. І. Цікало, які торкалися широкого кола питань відносно строків. Крім зазначених науковців деякі аспекти позовної давності знайшли відображення у працях С. Й. Вільнянського, С. С. Алексєєва, С. М. Братуся, О. В. Дзери, А. С. Довгерта, О. С. Йоффе, В. М. Коссака, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика, І. В. Жилінкової, О. П. Печеного, О. А. Підпригори, М. М. Сибільова, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є. О. Суханова, Є. О. Харитонова, Я. М. Шевченко та ін.

Податкова система, ефективність якої ґрунтується на нормах права, якими встановлені податки і збори, цілком справедливо визнається фінансовою основою існування будь-якої держави. Природно, оподаткування залежить від того, що визнається його об'єктом, а це визначається не лише податковим, а передусім цивільним законодавством. Так, для податкового законодавства економіко-правові категорії грошей, майна, зобов'язань, позовної давності тощо є вторинними, оскільки вони регулюються насамперед цивільним законодавством. Якщо ж податкове законодавство перебирає на себе ініціативу у визначенні тих категорій, які воно лише використовує для власних потреб і при цьому визначає їх інакше в порівнянні з цивільним законодавством, виникає проблема при застосуванні цих норм. І це, за великим рахунком, є конфліктом між публічно-правовою та приватно-правовою сферами. Тому очевидна необхідність гармонізації податкового, цивільного і процесуального законодавства.

Так, об'єкт оподаткування виступає не лише підставою для виникнення податкового зобов'язання, а й джерелом його сплати. Адже податкові відносини мають ґрунтуватися на тому, що податок має складати лише частину набутого платником блага. А якщо таке благо може бути втрачено, або навіть не набуто, відсутнім має бути і податкове зобов'язання, адже у цьому разі не існує об'єкта оподаткування.

Водночас для мети оподаткування в нормах податкового права надається податково-правова кваліфікація приватно-правових майнових відносин як об'єктів оподаткування і підстав виникнення податкових зобов'язань. І така кваліфікація суперечить цивільно-правовій природі певних інститутів цивільного права.

Кредиторська заборгованість, щодо якої сплила позовна давність, не завжди створює об'єкт оподаткування, а лише у тих випадках, коли вона втрачає характер зобов'язання: суд відмовляє у задоволенні позову через сплив позовної давності за позовною вимогою. Проте норми податкового законодавства побудовані таким чином, що усувають суд від встановлення факту спливу позовної давності, що по своїй суті усуває можливість визнання зобов'язанням таким, за яким збігла позовна давність.

Сучасні дослідження недостатньо висвітлюють цей аспект позовної давності, яка з приватно-правової переміщується до публічно-правової сфери, а тому питання щодо гармонізації податкового та цивільного права щодо застосування позовної давності є актуальним.

Вченими, які присвятили свої дослідження виявленню причин, суті та наслідків застосування позовної давності та її співвідношення з об'єктом цивільних правовідносин, є Є. В. Порохов, І. В. Спасибо-Фатєєва, О.О.Печений, Ф. М. Ханієва та ін.

Метою роботи є виявлення прогалин у розумінні та застосуванні позовної давності, визначення суб'єктів, уповноважених на застосування позовної давності та виявлення суб'єктів, які позовну давність застосовують, не маючи на те відповідних повноважень.

Така постановка питання до цього часу не застосовувалась при розгляді зазначеного поняття й має стати продуктивним напрямком дослідження об'єктів цивільних правовідносин, цивільно-правового інституту позовної давності.

Методи дослідження. При дослідженні застосовані методи теоретичного рівня, а саме:

- метод порівняння, тобто встановлення подібностей та розбіжностей у правозастосуванні понять «суд», «третейський суд» як таких, що мають на увазі установи з різним обсягом повноважень, насамперед стосовно застосування позовної давності;
- аналіз і синтез, тобто розчленування цивільних правовідносин на складові елементи з виявленням сутності тих їх об'єктів, які фігурують в цих правовідносинах, з наступним їх поєднанням у єдине ціле задля формування поняття «позовна давність» як інститут права;
- опис, тобто фіксація результатів дослідження на основі виокремлення спільного для різних точок зору щодо різних критеріїв визначення суті позовної давності;
- інтерпретація, тобто приведення формалізованої системи ознак позовної давності у відповідність з гармонізацією законодавства як необхідною умовою правозастосування.

Позовна давність як інститут права

Однією із задач захисту порушеного цивільного права та інтересу є максимальне забезпечення особі можливості звернутися до компетентного органу за захистом такого права. Окрім можливості такого захисту має бути забезпечена ще й ефективність такого захисту. Саме для вирішення такої задачі законодавець у багатьох країнах вводить в законодавство інститут позовної давності (*limitation period, Begrenzungszeitraum*).

Якщо відновлення порушеного суб'єктивного права не досягнуто в оперативному або претензійному порядку, уповноважена особа може звернутися за захистом своїх прав і законних інтересів до юрисдикційного органу. Тобто, якщо в добровільному порядку порушене право особи не відновлено, вона має можливість захисту такого права у примусовому порядку. Проте у цьому разі таке право обмежене встановленим законом строком, а саме позовною давністю. Призначення останнього полягає не лише у тому, щоб визнати існуючим та відновити суб'єктивне право або юридичний обов'язок або іншим способом захистити їх, а й забезпечити здійснення, реалізацію закладених у суб'єктивному праві можливостей і задовольнити інтерес уповноваженої особи.

Європейський суд з прав людини вказує на те, що «позовна давність – це законне право правопорушника unikнути переслідування чи притягнення до відповідальності зі спливом встановленого періоду після вчинення правопорушення. Строк позовної давності, що є звичайним явищем в національних законодавствах держав – учасників Конвенції (з прав людини), виконує декілька задач, у тому числі забезпечує юридичну визначеність та остаточність, упереджуючи порушення прав відповідачів, які можуть статися у випадку ухвалення судом рішення на підставі доказів, які виявилися неповними через збіг часу» (п.570 рішення від 20.09.2011 за заявою № 14902/04 у справі ВАР «Нафтова компанія «ЮКОС» проти Росії; п.51 рішення від 22.10.1996 за заявами № 22083/93, 22095/93 у справ «Стаблінгс та інші проти Об'єднаного Королівства») (<http://jurliga.ligazakon.ua/news/2016/7/7/147759.htm>).

Інститут позовної давності врегульований главою 19 Цивільного кодексу України, проте деякі норми цієї глави сформульовані у не зовсім коректний спосіб, що має наслідком недостатнє висвітлення правовідносин, врегульованих цим інститутом та тягне за собою некоректне застосування повноважень щодо застосування позовної давності як в практичній діяльності, так і в законотворчій. Так в законодавстві, та в судовій практиці не зовсім правильно знайшли своє відображення повноваження щодо застосування позовної давності, наслідки заяви сторони про її застосування та ін... Абсолютно не акцентується увага на тому, хто саме має повноваження застосовувати наслідки спливу позовної давності, та і взагалі – вважати її такою, що збігла.

Метою позовної давності є забезпечення стабільності цивільного обороту та недопущення невизначеності у правовідносинах. Адже логічним є вважати, що кредитор, який не заявив вимоги про виконання зобов'язання протягом трьох років (загальна позовна давність), втратив зацікавленість у такому виконанні. Такий підхід до розуміння позовної давності логічно гармонує з розумінням позовної давності як інституту саме матеріального, а не процесуального права. Мабуть саме це й стало підставою для поширення наслідків збігу позовної давності не лише на цивільно-правові, а й на інші відносини, врегульовані нормами матеріального права, зокрема на податкові. Проте таке поширення не усунуло, а навпаки додало певного нерозуміння правової суті позовної давності. Адже у такому разі сам факт застосування позовної давності не обмежується лише зверненням кредитора з позовом до суду. Іншими словами, суд усувається з пра-

вовідносин, в яких застосовується позовна давність, що позбавляє притаманної їй риси, а саме надання захисту порушеного права чи інтересу примусового характеру, яким наділений саме суд. Розрізняючи дві групи меж позовної давності (зовнішні та внутрішні), О.П. Печений вказує на те, що до зовнішніх належить поширення позовної давності на сферу приватноправових відносин іншої галузевої належності (трудових, сімейних, господарських...) або публічно-правових відносин (податкових, бюджетних...). Таким чином, на думку вченого, зовнішні межі дії позовної давності окреслюють функціонування цього інституту «на чужій території» – у сферах, які безпосередньо не входять до предмета регулювання ЦК України¹. Однак у той же час, вчений цитує Грибанова В.П., який зазначає, що у визначенні строків захисту цивільне законодавство виходить із задачі максимального забезпечення уповноваженій особі можливості звернутися саме до компетентного органу за захистом свого права². Тобто інститут позовної давності надає можливість та встановлює строк для залучення компетентного органу у правовідносини щодо захисту порушеного права. Саме в цих правовідносинах і відбувається застосування позовної давності. Адже компетентний орган, а саме суд, залучається в ці правовідносини незалежно від збігу позовної давності і саме для встановлення факту такого збігу на його наслідків.

Якщо висловитися в інший спосіб, то позовна давність є часовою межею для прийняття рішення про захист права, а не самим захистом порушеного права чи інтересу³. Чіткіше щодо цього висловив свою думку Є.Я. Мотовиловкер, який зазначив, що позовна давність є строком не для захисту права за позовом, а для можливості такого захисту⁴. З наведеного Печений О.П. робить висновок про те, що інститут позовної давності встановлює строк захисту права не в матеріально-правових відносинах, а для захисту шляхом подання позову зацікавленої особи, тобто саме для процесуальних способів захисту⁵. З цієї ж причини у ч.2 ст.267 ЦК України встановлено правило, відповідно до якого заява про захист цивільного права або інтересу має бути прийнята судом до розгляду незалежно від спливу позовної давності. Та й сама назва позовної давності включає в себе певний зв'язок з позовом, яким, як відомо вважається матеріально-правова вимога позивача звернена до відповідача саме через суд. Процесуальною формою позову є позовна заява, яка складається з метою звернення до суду, та подається останньому. Тобто позов існує лише в процесуальних правовідносинах, обов'язковим суб'єктом яких є суд. За межами процесуальних правовідносин позов перетворюється у матеріально-правову вимогу і позбавляється статусу позовної. У такому разі й позовна давність перетворюється в інший строк, який не має нічого спільного з позовною давністю.

Предметом позовної давності, як було вказано вище, є матеріально-правова вимога, звернена до відповідача через суд з метою захисту порушеного права чи інтересу, а не саме право на звернення до суду з позовом. Як відомо, в теорії процесуального права право на позов має дві складові: право на звернення до суду з позовом та право на його задоволення судом. Позовна давність включає у свій предмет саме право на задоволення позову. У такому разі слід визнати некоректність формулювання позовної давності у ст.256 ЦК України, як строку, в межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу. Таке визначення заперечує право особи на звернення з позовом, у той час, як ч.2 ст.267 ЦК України таке право гарантує. Таким чином, позовна давність, включаючи у свій предмет право на задоволення позову, поширюється на характеристику специфічних вимог, яка означає їх здатність бути примусово реалізованими через суд⁶.

Усе наведене вище приводить до висновку про те, що в позовній давності процесуально-правових аспектів більше, ніж матеріально-правових. Але у той час, як багато науковців цей висновок підтримують, мало хто з них акцентує увагу на другому аспекті цього висновку, а саме на тому, що саме суд має повноваження застосувати позовну давність, саме йому належать повноваження застосовувати її. Застосування позовної давності поза межами суду суперечить самому предмету позовної давності. Будь-який інший суб'єкт, окрім суду, не має повноважень на застосування позовної давності. Ст.256 ЦК України передбачає, що позовна давність – це строк, в межах якого є можливим звернення саме до суду. Ст.264 ЦК України передбачає звернення саме до суду з позовом як підставу для переривання позовної давності. Ст.267 ЦК України прямо вказує на те, що позовна давність застосовується саме судом і лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення ним рішення. Тобто за наявності відповідної заяви, поданої суду, саме суд набуває повноважень щодо встановлення факту спливу позовної давності та застосування її наслідків.

¹ Печений О.П. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар. Т.4. – Харків, «Страйд», 2010. – С.594.

² Грибанов, В.П. Строки в цивільному праві [Текст] / В.П.Грибанов // Грибанов В.П. Здійснення і захист цивільних прав. – М.: Статут, 2000. – С.246 (Класика російської цивілістики).

³ Див.: Цікало, В.І. Давність у цивільних правовідносинах [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.І. Цікало. – Львів, 2004. – С. 6-7.

⁴ Мотовиловкер, Є.Я. Предмет позовної давності [Текст] / Є.Я. Мотовиловкер // Журн. рос. права. – 2008. - № 6. – С. 39-47.

⁵ Печений О.П. Позовна давність в механізмі захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів. Харківська цивілістична школа: захист суб'єктивних цивільних прав та інтересів. Монографія під загальною редакцією І.В.Спасибо-Фатєєвої. – Харків, «Право», 2014. – С.131.

⁶ Мотовиловкер, Є.Я. Предмет позовної давності [Текст] / Є.Я. Мотовиловкер // Журн. рос. права. – 2008. - № 6. – С. 39-47.

Отже, суд є обов'язковим суб'єктом у правовідносинах, в яких відбувається застосування позовної давності. Згідно зі ст.124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються. Ст.125 Конституції України зазначає, що суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. А відповідно до ст.129¹ Конституції суд ухвалює рішення іменем України. Судове рішення є обов'язковим до виконання. Систему судоустрою України складають: 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) Верховний Суд.

Для розгляду окремих категорій справ відповідно до цього Закону в системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди (ст.17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII).

Питання про те, чи можуть інші органи та установи вважатися судом є більш, ніж вирішеним. Так, Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 № 4002-XII у ст.2 розмежовує поняття «арбітраж», «третейський суд» та «суд», зазначаючи, що лише суд є відповідним органом судової системи держави. При цьому Міжнародний комерційний арбітражний суд і Морська арбітражна комісія є самостійними постійно діючими арбітражними установами (третейськими судами), що здійснюють свою діяльність згідно з Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Тобто Міжнародний комерційний арбітражний суд і Морська арбітражна комісія не визнаються судом, який є відповідним органом судової системи держави.

Не визнає законодавець статусу суду і за третейськими судами. Так у ст.2 Закону України «Про третейські суди» від 11.05.2004 № 1701-IV зазначено, що третейський суд – це недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб у порядку, встановленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин.

Враховуючи, що ані Міжнародний комерційний суд, ані Морська арбітражна комісія, ані третейські суди не є судами, наділеними відповідними повноваженнями ухвалювати рішення іменем держави, слід стверджувати, що вказані третейські суди не є тими судами, про які йдеться у ст.256, 264 та 267 ЦК України. А отже, застосування ними позовної давності виходить за межі повноважень таких установ. Однак, слід зауважити, що Міжнародний комерційний арбітражний суд, посилаючись на норми ЦК України, що надають повноваження на застосування наслідків збігу позовної давності судам, також вважає себе повноважним на застосуванням позовної давності. Наприклад, у рішенні від 22.08.2013 по справі № 85 МКАС, відмовив у задоволенні позовних вимог у зв'язку зі збігом позовної давності (<https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Case-No.-85.pdf>).

Що стосується публічних правовідносин, а саме податкових правовідносин, то у цьому випадку також слід стверджувати, що застосування в них позовної давності має досить суперечливий характер.

Саме по собі прострочення виконання зобов'язання не тягне за собою податкових наслідків для боржника, але за умови, що таке прострочення залишається в межах позовної давності. Поза її межами прострочене зобов'язання набуває ознак безнадійної заборгованості (пп.14.1.11. п.14.1. ст.14 ПК України). Прострочену заборгованість законодавець відносить до безповоротної фінансової допомоги у разі, якщо щодо її вимоги збігла позовна давність (пп.14.1.257 п.14.1. ст.14 ПК України). Отримання ж безповоротної фінансової допомоги у ПК України визнається доходом.

Наприклад, до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку на доходи фізичних осіб включається сума заборгованості платника податку за укладеним ним цивільно-правовим договором, за якою минула позовна давність та яка перевищує суму, що становить 50 відсотків місячного прожиткового мінімуму, діючого для працездатної особи на 1 січня звітного податкового року (пп.164.2.17 п.164.2. ст.164 ПК України).

До суми доходу платника єдиного податку третьої групи, який є платником податку на додану вартість за звітний період, також включається сума кредиторської заборгованості, за якою минула позовна давність (пп.292.3. ст.292 ПК України). При цьому датою отримання доходу такого платника є дата списання кредиторської заборгованості, за якою минула позовна давність (пп.292.6. ст.292 ПК України). Списання кредиторської заборгованості означає припинення відображення в обліку платника податків наявності його зобов'язання перед кредитором.

Наведене свідчить про те, що у податковому законодавстві невиконане зобов'язання у разі збігу позовної давності визнається об'єктом оподаткування, а його сума збільшує базу оподаткування відповідним податком. Проте у податковому законодавстві збіг позовної давності розглядається як об'єктивна обставина, яка легко встановлюється виключно з тієї інформації, яка міститься у документах боржника – дебітора, не враховуючи при цьому дії самого кредитора, які можуть істотно вплинути на перебіг позовної давності, а отже й на момент її збігу.

Наслідки спливу позовної давності встановлені у ст.267 ЦК України і не передбачають припинення чи навіть зміни елементів зобов'язання без участі суду. Кредитор залишається кредитором, боржник – боржником. Не змінюється ані розмір зобов'язання, ані порядок його виконання. О.П. Печений зазначає, що

сплив позовної давності не призводить до припинення суб'єктивного права або інтересу, не припиняється й обов'язок щодо виконання відповідного зобов'язання¹.

Відповідно до ч.3 ст.267 ЦК України сплив позовної давності є підставою для відмови у позові. Проте такий наслідок у чинному ЦК України, на відміну від ЦК УРСР 1963 року, носить не імперативний, а диспозитивний характер. В основу диспозитивності застосування наслідків спливу позовної давності покладено право сторони у спорі подати заяву до суду про таке застосування. За власною ініціативою суд не має права застосувати позовну давність (п.25 Інформаційного листа ВГСУ від 07.04.2008 № 01-8/211 «Про деякі питання застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»). Тобто за відсутності відповідної заяви сторони у справі, навіть суд позбавлений права встановити факт збігу позовної давності.

Диспозитивний характер застосування наслідків позовної давності усуває можливість твердження про те, що за її межами припиняється заборгованість боржника перед кредитором. Таким чином, така заборгованість не перетворюється на дохід боржника, оскільки не збільшує його економічних вигід у вигляді зменшення зобов'язань.

На користь цього висновку говорить і ч.1 ст.267 ЦК України, відповідно до якої особа, яка виконала зобов'язання після спливу позовної давності, не має права вимагати повернення виконаного, навіть якщо вона у момент виконання не знала про сплив позовної давності.

До того ж момент закінчення перебігу позовної давності залежить від моменту початку її перебігу та її переривання чи зупинення. ЦК України початок перебігу позовної давності пов'язує з можливістю особи знати про порушення права і застосовує це правило як до вимог фізичних осіб, так і до вимог юридичних осіб. Своєю чергою обізнаність юридичної особи про порушення її прав або можливість такої обізнаності розглядається крізь призму обізнаності її органів, учасників, інших осіб, які наділені повноваженнями виступати від імені та в інтересах юридичної особи². ЦК України містить також підстави зупинення перебігу позовної давності (ст.263 ЦК України) та підстави для переривання позовної давності (ст.264 ЦК України). Від дня припинення обставин, що були підставою для зупинення перебігу позовної давності, перебіг позовної давності продовжується з урахуванням часу, що минув до його зупинення. А у разі переривання позовної давності вона взагалі почне свій перебіг спочатку.

Не можна заперечувати те, що такого роду обставини можуть бути невідомими боржнику, перебувати поза його можливістю усвідомлювати їх. Відтак, він може бути необізнаним стосовно факту спливу позовної давності. Тобто боржник не завжди може точно знати термін, на який позовна давність щодо його кредиторської заборгованості вважатиметься такою, що сплила. А пов'язувати виникнення податкового зобов'язання боржника з невідомим йому моментом суперечить положенням податкового законодавства, оскільки у такому разі цілком ймовірною та передбачуваною є ситуація, в якій початок перебігу позовної давності розпочався не з моменту самого правопорушення, відомого боржнику, а з моменту, коли кредитор довідався або міг довідатися про таке порушення. У таких випадках виключається сумлінне виконання боржником податкового обов'язку через необізнаність щодо його виникнення. Тобто боржник зобов'язаний збільшити базу оподаткування на суму кредиторської заборгованості у зв'язку зі збігом позовної давності, навіть не маючи можливості встановити, чи дійсно позовна давність збігла. У такому випадку існує ймовірність помилкового включення до доходів кредиторської заборгованості.

Крім цього, заслуговує на увагу й той факт, що податкове законодавство не містить норм щодо права боржника, який збільшив базу оподаткування на суму кредиторської заборгованості, щодо якої нібито сплила позовна давність, на суму цієї заборгованості у випадку стягнення її судом, у разі якщо суд визнав поважними причини пропущення позовної давності (ч.5. ст.267 ЦК України), поновив позовну давність і задовольнив позов кредитора, або ж у разі добровільності виконання боржником зобов'язання за межами позовної давності. У таких випадках одна й та ж сума виконаного зобов'язання призведе до подвійного оподаткування: у кредитора і у боржника.

Тому цілком логічним було би вважати, що сума зобов'язання, за яким збігла позовна давність, може вважатися безповоротною фінансовою допомогою для боржника і збільшувати його базу оподаткування лише у разі, коли той факт, що позовна давність сплила, буде встановлений судом, і на цій підставі кредитор буде відмовлено у задоволенні позову. До того ж моменту і платник податків, і контролюючий орган позбавлені повноважень визнавати позовну давність за зобов'язанням такою, що збігла, оскільки ці повноваження належать суду.

Таким чином, ані платник податків, ані податковий орган не можуть ані вважати, ані встановлювати факт збігу позовної давності з метою визнання кредиторської заборгованості доходом. Ці повноваження закон надає виключно суду.

Висновок: Позовна давність вважається інститутом матеріального права. Однак за межами процесуальних відносин вона не може бути застосована, оскільки для її застосування необхідною є участь спеціального суб'єкта – суду. Саме суд може встановити початок і закінчення перебігу позовної давності, її

¹ Печений О.П. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар. Т.4. – Харків, «Страйд», 2010. – С.594.

² Печений О.П. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар. Т.4. – Харків, «Страйд», 2010. – С.605.

зупинення та переривання. Саме суд може застосувати наслідки спливу позовної давності та відмовити у задоволенні позову лише з причини спливу позовної давності. Встановлення збігу, зупинення, переривання позовної давності іншим органом є нікчемним.

Суд є тим суб'єктом правовідносин, якому законодавець надає повноваження вирішувати щодо позовної давності. Застосування позовної давності іншими установами чи органами є таким, що виходить за межі їх повноважень. З цієї причини ані Міжнародний комерційний арбітражний суд, ані Морська арбітражна комісія, ані третейські суди, ані контролюючі органи не уповноважені встановлювати факт спливу позовної давності та застосовувати наслідки такого спливу.

З урахуванням викладеного слід дійти висновку про те, що застосування в правозастосовній практиці третейськими судами, Міжнародним арбітражним комерційним судом і Морською арбітражною комісією, третейськими судами є таким, що суперечить чинному законодавству.

У податкових правовідносинах позовну давність слід застосовувати лише на підставі рішення суду про відмову у задоволенні позову через сплив позовної давності. У разі відсутності такого рішення сплив трирічного чи будь-якого іншого строку не має наслідком виникнення обов'язку боржника включити дебіторську заборгованість до складу оподаткованого прибутку.

Іншим варіантом врегулювання цього питання може бути встановлення строків, зі збігом яких кредиторська заборгованість набуває ознак безповоротної та підлягає включенню до оподаткованого доходу. Проте у цьому разі законодавцю слід відмовитися від застосування терміну «позовна давність».

Анотація.

Стаття присвячена дослідженню позовної давності як приватно-правового, так і публічно-правового інститутів, їх економічній та правовій сутності, їх розумінню як підстави виникнення об'єкту оподаткування. Досліджено процесуальні аспекти позовної давності, такі як повноваження щодо її застосування, застосування позовної давності в публічних (податкових) правовідносинах. Проаналізовано порядок визначення початку перебігу позовної давності та вплив на нього суб'єктивного фактору, а саме обізнаності кредитора, та вплив цього фактору на податковий обов'язок боржника. Запропоновані зміни до Податкового кодексу, спрямовані на гармонізацію цивільного та податкового законодавства.

Annotation.

The article is devoted to the study of the statute of limitations of both private law and public law institutions, their economic and legal essence, their understanding as the basis for the occurrence of the object of taxation. The procedural aspects of the statute of limitations have been investigated, such as the powers to apply it, the application of the statute of limitations in public (tax) legal relations. The author analyzes the procedure for determining the beginning of the limitation period and the effect on it of a subjective factor, namely, the creditor's awareness, and the effect of this factor on the debtor's tax liability. Proposed amendments to the Tax Code aimed at harmonizing civil and tax laws.

References:

1. Вакулина Г.А. О понятии объекта гражданского правоотношения // Современные наукоемкие технологии. – 2009. - №4 – С.58-59.
2. Гражданское право в 4 Т. Т.1. Учебник / Отв. ред. проф. Е.А.Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК. 1998. С.295
3. Мотовиловкер, Є.Я. Предмет позовної давності [Текст] / Є.Я. Мотовиловкер // Журн. рос. права. – 2008. - № 6. – С. 39-47.
4. Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др.; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков: Право, 2017. – 576 с. – С. 444 – 445.
5. Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов: монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др.; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков: Право, 2014. – 672 с. – С. 129 – 142.
6. Порохов Е.В. Налоговое обязательственное право. Очерки налогово-правовой науки современности. – Москва - Харьков, «Право», 2013. – С.262-275.
7. Романюк В.А. Позовна давність у цивільному праві. Автореферат – Хмельницький, 2018. URL: http://www.univer.km.ua/doc/Aref_Romanyuk_V.A..pdf (дата звернення: 09.11.2019).
8. Нецька Л.С. Особливості застосування позовної давності. Стаття. URL: http://napu.com.ua/wp-content/uploads/2018/04/Osoblivosti_zastosuvannya_pozovnoyi_davnosti.pdf (дата звернення: 09.11.2019).
9. Шатковський Я.М. Проблемні питання щодо застосування позовної давності у вирішенні господарських спорів. – Київ, «Юридична наука», 12/2014. – С.7-16. URL: file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/jnn_2014_12_3.pdf (дата звернення: 09.11.2019).
10. Цікало, В.І. Давність у цивільних правовідносинах [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.І. Цікало. – Львів, 2004. – С. 6-7.

11. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар. Т. 3 / за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: Страйд, 2009. С. 362 – 365.
12. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар. Т. 4 / за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: Страйд, 2010. С. 594 – 605.
13. Податковий кодекс України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 16.11.2020).
14. Цивільний кодекс України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 16.11.2020).
15. Закон України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» від 16.07.1999 № 996-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-14> (дата звернення: 09.11.2019).
16. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text> (дата звернення: 16.11.2020).
17. Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004 № 1701-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text> (дата звернення: 16.11.2020).

Yefimov Alexander,

Doctor of Philosophy of Law, Assoc.

Associate Professor of Civil and Labor Law,

Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman,

e-mail: oleksandr.yefimov@yefimov-partners.com

ORCID 0000-0003-1751-4780

Constitutional principles of state symbols and their role in creating national identity

Конституційні засади державних символів та їх роль у створенні національної ідентичності

Kakaulina Lyudmila

Key words:

state, sovereignty, symbols, state symbols, state flag, constitution, state emblem, national anthem.

Ключові слова:

держава, суверенітет, символи, державні символи, державний прапор, конституція, державний герб, державний гімн.

Постанова проблем. У сучасному світі існує феномен, коли кожна держава уособлює державний суверенітет та єдність нації через державні символи, які світовим співтовариством сприймаються також як знак поваги кожного народу до своєї держави та до інших народів. Символи нації мають витoki з глибин ментальності та етнічно-національної ідентифікації кожного народу, пов'язані з історією національного державотворення, соціально-політичним становищем у суспільстві та державі. Символи стають державними в результаті їх законодавчого закріплення, переважно в Конституціях країн світу.

Науковцями приділяється увагу дослідженню природи державних символів, питань їх правової сутності та інституціоналізації, тобто нормативного визначення та закріплення на державно-правовому рівні, перш за все це стосується підготовки сукупності пропозицій щодо підтримки та розвитку особистості як в окремих державах, так і в серед громадян Європи, та ролі символіки в цьому.

Проблеми законодавчого закріплення та використання державних символів України проаналізовано харківськими вченими-правознавцями О. Г. Кушніренко та І. А. Кузнецовим, П. Стецюк. Дослідження національної символіки проводили В. Шаповал¹, В. Сергійчук², М. Шумка³, К. Гломозда⁴, П. Стецюк⁵, Ю Савчук, Н. Шаптала та інші.

Виклад основного матеріалу. Символ – це багатогранне явище в центрі нашого існування, оскільки є зовнішнім знаком для уявлень, емоцій, ідей та є якістю вищою від слова. Це комплекс слів і ідей, виражених одним знаком, що вказує на все те, що закладене в цілій системі ідей з усією його ідейно-моральною висотою і глибиною. Через цю свою властивість символ стається святістю для всіх, хто його визнає – чи це буде релігія, військо чи нація. Сприймаючи символ, людина зв'язує себе з його символічною потугою через емоції й ідеї всіх, хто цей символ сприймав та проніс протягом тривалої історії

Історично державні символи народжуються з автентичних рис національних символів, в яких втілені зовсім не випадкові знаки і барви, вони несуть комплекс позасвідомих уподобань етнічної спільноти, сформованих у процесі її розвитку.

У світі всі незалежні країни мають свої державні символи, що засвідчують державність та суверенітет, як правило, встановлюються конституцією чи спеціальним законом (законами). У сучасному конституційному праві під державними символами розуміють законодавчо закріплені офіційні знаки у вигляді зображень і предметів в національній кольоровій гамі, звукові вираження чи тексти в звуковому супроводі, які в лаконічній формі виражають ідеї політичного розвитку та символізують державність.

Конституційне закріплення національних символів, що сформовані внаслідок історичного та культурного розвитку народу та викристалізуються з його духовності, прагнення єдності, забезпечення націо-

¹ Сравнительное конституционное право В.Н. Шаповал. – К.: ИД «Княгиня Ольга», 2007. – 416 с.: ил. – С. 119.

² Сергійчук В. Національна символіка України. — Київ : Веселка, 1992. - 109 с.

³ Шумка М. Українська національна символіка як репрезентант національної ідентичності / М. Л. Шумка // Актуальні проблеми філософії та соціології. - 2016. - Вип. 9. - С. 153-157. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/aprfc_2016_9_40

⁴ Гломозда К.Ю. Історичні гербові відзнаки та прапорові барви України : [українська національна символіка: походження, традиції і доля] / К.Ю. Гломозда, Д.Б. Яневський // Минуле України: відновлені сторінки. – К., 1991. – С. 26-61

⁵ Стецюк П. Б. Державний прапор / П. Б. Стецюк // Юридична енциклопедія : в 6 т. / ред. Ю. С. Шемшученко Ю. С. – К, 1999. – Т. 2 : Д-Й. – С. 145-146.

нальних інтересів і готовності до розвитку у своїй національній само ідентифікації та гідності, утверджує їх значення як державних.

Українська державна символіка відображає традиційну українську символіку, що сформувалася протягом тисячоліть, яку відносять до найзмістовніших символічних систем людства¹. Україна має свої багатовікові національні синьо-жовті символи та герб у вигляді тризуба, що супроводжували українців на їх історичному шляху від славетних князів Святослава, Ольги і Володимира до здобуття незалежності з часів Українського короля Данила. Отже, на зламі 80-90 років минулого ХХ сторіччя, здобувши незалежність, українці не обирали, а успадкували синьо-жовтий Державний Прапор України, Державний Герб України у вигляді Тризуба та Державний Гімн України.

Є слушним поглянути як розвивався інститут державних символів України в минулому столітті.

Поштовхом для піднесення національно-визвольної боротьби українського народу за незалежність став вплив Лютневої буржуазно-демократичної революції в Російській імперії в 1917 році, що призвело до загострення на українських землях революційної ситуації.

4 березня 1917 року в Києві було створено Українську Центральну Раду (УЦР) та проголошено Українську Народну Республіку. Сталося це через два дні після зречення престолу російського імператора Миколи Другого.

Українською Центральною Радою одним з найперших було поставлено питання про незалежність України та відродження давніх українських національних символів, яких вимагала майбутня незалежна Українська держава.

Натомість, серед очільників Української Центральної Ради були прихильники автономії України у складі держави Російської, саме вони й стримували процес визначення і затвердження державних символів. Тому, ані Універсал Української Центральної Ради до українського народу, на Україні й по-за Україною суцього від 10 червня 1917 року², ані Універсал від 3 липня 1917 року³ не містили питань про державні символи.

Лише у листопаді 1917 року у Києві за ініціативою Генерального Секретаріату Української Центральної Ради відбулася спеціальна нарада, в якій взяли участь митці та знавці українського національного мистецтва, історії і гербознавства. На ній розглядалася низка проектів державних символів України. Але у проекті Конституції Української Народної Республіки⁴ від 10 грудня 1917 року положення про державні символи не були відтворені.

Українська Центральна Рада в робочому порядку остаточно визначилася з синьо-жовтими символами на державному рівні шляхом ухвалення 14 січня 1918 року документу "Тимчасовий закон про флоту Української Народної Республіки", у пункті другому якого зазначалося: "...2) Прапором Української військової флоту є полотнище о двох – блакитному і жовтому – кольорах. В кряжі блакитного кольору історичний золотий тризубець з білим внутрішнім полем в ньому." В пункті третьому встановлювався прапор торгових суден "...3) Прапором Української торговельної флоту є полотнище о двох – блакитному і жовтому – кольорах". У пункті п'ятому вказувалося, що всі російські транспортні кораблі на Чорному і Азовському морях з часу проголошення згаданого Закону мають піднімати вищезгадані прапори Української Народної Республіки.⁵ Положення цього тимчасового закону були відтворені в наказах по морському відомству Української Народної Республіки [про Прапори Українського військового і торговельного флотів] від 13 березня 1918 року.

Тобто, у статутах державних прапорів військового-морського і торгівельного флотів Українська Центральна Рада чітко визначилася з синьо-жовтими кольорами та їх розташуванням.

29 квітня 1918 року в останній день існування Української Народної Республіки Центральною Радою була прийнята „Конституція Української Народної Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР)”⁶. У цьому документі не знайшли відображення положення про державні символи.

Українська Центральна Рада припинила свою діяльність 29 квітня 1918 року – у цей день в Києві зібрався з'їзд хліборобів-землевласників, на якому було обрано гетьманом України Павла Скоропадського. Було проголошено про встановлення Української Держави замість Української Народної Республіки, прихильники гетьманату майже без кровопролиття оволоділи всіма державними установами.

Протягом восьми місяців існування гетьманської Української Держави використовувався синьо-жовтий державний прапор як спадщина від Української Центральної Ради. За цей час на блакитно-жовтій

¹ Державні символи. Український інститут національної пам'яті. URL : <http://www.memory.gov.ua/>

² Універсал Української Центральної Ради до українського народу, на Україні й по-за Україною суцього, ухвалений 10 червня 1917 року. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001300-17/sp:wide:max25>

³ Універсал Української Центральної Ради від 3 липня 1917 року. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002300-17>

⁴ Проект Конституції Української Народної Республіки URL : [http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1917%20\(12\)%2010.pr.konst.unr.php](http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1917%20(12)%2010.pr.konst.unr.php)

⁵ Тимчасовий закон про флот Української Народної Республіки. Закон Української Народної Республіки від 14.01.1918 р. // Вісник Ради Народних Міністрів Української Народної Республіки. – 1918. – 13 квітня. – № 19. – С. 1.

⁶ Конституція Української Народної Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР) 1918. URL : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002300-18>

основі опрацьовано кількадесят різних державних службових прапорів. Зокрема, наказом №192/44 по морському відомству від 18 липня 1918 року було затверджено новий військово-морський прапор: "... білий прапор з рівним синім хрестом, який ділить прапор на 4 рівних частини. Ширина хреста 1/2 всієї довжини прапора. Відступивши на 1/8 ширини хреста, проходить коло нього такої ж ширини (теж 1/8 ширини хреста) синя смужка, крім тих його боків, які прилягають до крижа. В крижі ж теж, відступивши на 1/8 ширини хреста від його боків, міститься національний прапор Держави (складений з блакитної і жовтої горизонтальних смуг), в центрі якого міститься золота печатка св. Володимира такої ж ширини, як хрест і в 1 і 2 рази вища своєї ширини. Прапор шийється з матерії відповідного кольору, а печатка малюється бронзовою фарбою"⁷.

Роль конституції в Українській Державі Павла Скоропадського виконував ухвалений вище зазначеним з'їздом документ під назвою „Закони про тимчасовий державний устрій України"⁸, який складався з семи розділів і 44 статей. Закони були підписані Гетьманом всієї України Павлом Скоропадським та Отаманом Ради Міністрів М. Устимовичем, скріплені овальної форми печаткою, на якій по внутрішніх боках містився текст „УКРАЇНСЬКА ДЕРЖАВА" та зображення козака з мушкетом у центрі, в якого над головою розташований герб у вигляді тризуба. Таке зображення на печатках було прообразом герба Війська Запорізького, а зображення тризуба було додано особисто Скоропадським. Дослідники припускають, що Гетьман Скоропадський використав зображення козака з мушкетом тому, що походив з давнього козацького роду – був нащадком Стародубського полковника Скоропадського, що обирався гетьманом України в 1708-1722 роках.

Слід зазначити, що на той час офіційного затвердження згаданого малюнку в статусі державного герба Української Держави не було. Зображення герба у вигляді фігури козака з пищаллю на плечі на восьмикутному тлі, у верхній частині якого було розміщено володимирський тризуб, оздобленого навколо восьмикутника рослинним орнаментом, виконаним у стилі козацького бароко, із взятою в коло всією композицією та з виробленим неповторним шрифтом написом по внутрішніх боках „УКРАЇНСЬКА ДЕРЖАВА" (по праву та по ліву сторони) було затверджено тільки 29 листопада 1918 року спеціальною Комісією зі створення герба України як Державного Герба Української держави.

Українська Державна Павла Скоропадського припинила своє існування 12 грудня 1918 року. В історії Української держави маємо тільки рішення спеціальної Комісії зі створення герба України як Державного Герба Української держави про затвердження ескізу державного герба.

У листопаді 1918 року почалася національно-визвольна боротьба на Західній Україні. Тимчасовий закон, ухвалений 13 листопада у Львові Українською Національною Радою, проголосив державним прапором Західноукраїнської Народної Республіки синьо-жовтий. Лише двадцять днів український синьо-жовтий стяг гордо майорів над історичним королівським містом Львів – 21 листопада 1918 року під тиском переважаючих сил поляків українці залишили свою столицю.

18 грудня знову було відновлено Українську Народну Республіку з Директорією, а 26 грудня 1918 року було проголошено документ під назвою „Декларація Української Директорії, що зробила Директорія"⁹ за підписом голови Директорії Української Народної Республіки В. Вінниченка та членів Директорії С. Петлюри, Ф. Швеця, П. Андрієвського, А. Макаренка, в якій оголошувалися подальші наміри держави.

22 січня 1919 року Директорія Української Народної Республіки продекларувала Акт злуки Української Народної Республіки та Західно-Української Народної Республіки.

20 березня 1920 року ухвалено крайовий синьо-жовтий прапор Підкарпатської Русі в складі Чехословаччини, а також крайовий герб, що складався з двох полів: срібного з ведмедем - символу Закарпаття та синьо-жовтого - символу єдності з Україною.

Сині і жовті барви визнавалися державними барвами, а синьо-жовті прапори військового та торговельного флоту були і в проектах Конституцій УНР, розроблених Всеукраїнською Національною Радою 9-13 травня 1920 року в Кам'янці на Поділлі та 1 жовтня 1920 року в Тарнові (нині Польща) під назвою „Основний Державний Закон Української Народної Республіки (проект Правительственной Комісії по виробленню Конституції Української Держави)"¹⁰.

Поширилося й нове тлумачення барв: синьої, як чистого неба - символ миру, жовтої, як пшеничного лану - символ багатства України.

Після 20-го року ХХ сторіччя в статутах Державного Прапора України згадка про „блакитний" колір відсутня, йдеться про „синій" колір. Українці, згідно законів європейської геральдики і вексилології, правильно затверджують своїм державним символом саме „синій", який належить до основних кольорів „спектру". Ці ж кольори використовуються на державних прапорах провідних європейських і світових країн.

⁷ Шрамченко С. День свята Української Державної фльоти. // Літопис Червоної Калини. Львів - 1933. - Ч. 6. - С. 14.

⁸ Закони про тимчасовий державний устрій України. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0004300-18>

⁹ Декларація Української Директорії, що зробила Директорія. 26 грудня 1918 року. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0010300-18>

¹⁰ Основний Державний Закон Української Народної Республіки (проект Правительственной Комісії по виробленню Конституції Української Держави [Q.B.F.F.S.]. URL : http://constituanta.blogspot.com/2012/10/1920_22.html

У 1939 році в жорстких історично-політичних умовах повстала героїчна Карпатська Україна (після анексії Німеччиною Чехії й розпаду Чехословацької республіки), Перший Сейм Карпатської України 15 березня 1939 року в Хусті ухвалив закон, в частині I якого зазначалося, зокрема: “§5. Барва державного прапора Карпатської України є синя і жовта, причому барва синя є горішня, а жовта є долішня”. Карпатська Україна, як самостійна країна проіснувала лише 1 (один) день і була жорстоко, з дозволу німців, розгромлена частинами мад'ярської армії. Але сейм встиг затвердити український синьо-жовтий прапор Державним Прапором, під яким завзято боронили Карпатську Україну.

У вересні 1939 року ідеолог українського організованого націоналізму Микола Сціборський за доручення Андрія Мельника після розколу ОУН за кордоном розробив документ під назвою „Нарис Проекту Основних Законів (Конституції) Української Держави”¹, який складався з передмови та десяти розділів. У розділі першому згаданого проекту державним символам було присвячено три статті: статтю 6 визначалося, що Державним гербом Української держави є Володимирівський Тризуб золотої барви на синьому полі; за статтю 7 державними барвами Української держави визнавалися барви синя і жовта; статтю 8 встановлювався синьо-жовтий з державним гербом золотої барви в лівому боці синьої частини прапору Прапор Української Військової Фльоти та синьо-жовтий Прапор торговельної фльоти.

Слід наголосити, що в період з 1917 по 30-ті роки ХХ століття прапор не затверджувався в статусі державного символу, а тільки як прапор військового та торгового флоту на відміну від затвердження державного герба Української держави в Українській народній Республіці, натомість, використовувався в статусі національного.

Розглядаючи процес формування національних традицій конституціоналізму, слід нагадати, що наприкінці 30-тих років минулого століття розгорівся так званий „конфлікт кольорів” українського прапора в середовищі представників Організації українських націоналістів – між мельниківцями і бандерівцями з приводу розташування державних барв на прапорі. Мельниківська гілка навіть випустила так звану „Житомирську інструкцію” про „правильне жовто-блакитне” розташування державних барв на прапорі. Разом з тим, в середовищі мельниківців підхід до вирішення цієї надуманої проблеми виявився не однозначним, про що засвідчує згаданий вище документ під назвою „Нарис Проекту Основних Законів (Конституції) Української Держави” М. Сціборського, який входив до проводу мельниківців.

З часів Директорії Української Народної Республіки її уряд знаходився в екзилі за кордоном. Після початку Другої світової війни в окупований німецько-гітлерівськими військами Львів прибули представники заснованої в 1929 році Організації українських націоналістів та 30 червня 1941 року на скликаних Національних Установчих Зборах проголосили Акт проголошення Української Держави² та створили Українське Державне Правління, на башті Князівської гори був піднятий національний синьо-жовтий прапор. Німеччиною не було визнано відтворення самостійної держави на захопленій нею території, а національний визвольний рух поніс великі втрати.

Попри це, різні військові підрозділи українців (бандерівці, мельниківці, бульбівці, дивізія „Галичина”, УВВ та ін.) воювали за незалежність України під синьо-жовтим українським національним прапором, інколи - під жовто-блакитним, при чому фактично інколи на жовто-синьому прапорі наносилося зображення чорною фарбою знаків-свастики гітлерівської Німеччини. Принагідно зауважимо, що німецька окупаційна влада дуже швидко навела „порядок” із прапорами – жорстоко заборонила використання у Львові і Києві будь-яких українських прапорів.

Після проголошення 8 травня 1945 року перемоги над нацизмом, отримавши чергову жорстоку поразку в національно-визвольній боротьбі за незалежність України, „конфлікт кольорів” українського прапора було припинено. 27 червня 1949 року Українською Національною Радою (в екзилі, за кордоном) спеціальною „декларацією усталено один синьо-жовтий національний прапор” і зобов'язано усі закордонні формации українців в еміграції, на усіх континентах використовувати лише синьо-жовтий прапор, як національний прапор омріяної самостійної держави.

У липні 1977 року Президією Ради Гетьманського Руху в Нью-Йорку було оприлюднено проект „Конституційні основи Української Держави у світлі програмових засад Гетьманського Руху”, в якому стверджується, що „Державним гербом Української Держави є Тризуб з хрестом на рівні середнього зуба, золотою барви на синьому тлі. Державний прапор Української Держави складається з полотнища верхньої половини блакитної барви, а нижньої половини жовтої барви. В горішньому куті коло древка вміщений тризуб і в напрямі протилежно-верхнього кута напис золотою барви: УКРАЇНА”³

У 1990 році весною на щоглі Львівської міської ратуші, а 25 липня на щоглі Київської міської ради були підняті синьо-жовті українські національні прапори.

¹ Нарис Проекту Основних Законів (Конституції) Української Держави. URL : <http://constituanta.blogspot.com/2012/04/1939.html>

² Акт відновлення Української Держави після 23 років неволі. Львів, дня 30 червня 1041. URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/Акт_відновлення_Української_Держави#Повний_текст_проголошеного_Акту

³ „Конституційні основи Української Держави у світлі програмових засад Гетьманського Руху (проект) (2-7 липня 1977 р.). URL : [http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1977\(07\)2-4.konstyt.php](http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1977(07)2-4.konstyt.php)

Після набуття незалежності України вже 18 вересня 1991 року Президія Верховної Ради України постановила, що до прийняття Конституції України в протокольних заходах дозволяється використовувати синьо-жовтий прапор, чим фактично надала синьо-жовтому прапору статусу офіційного прапора країни⁴.

У 1992 році Президент Української Народної Республіки (в екзилі) М. Плав'юк передавав українському Уряду синьо-жовтий національний прапор і, відповідно, скасував повноваження закордонного українського уряду. А вже 28 січня 1992 року Верховна Рада України приймає Постанову „Про Державний Прапор України”⁵, якою було затверджено „Державним прапором України національний прапор, що являє собою прямокутне полотнище, яке складається з двох рівних за шириною горизонтально розташованих смуг: верхньої - синього кольору, нижньої - жовтого кольору”.

У статті 20 Основного Закону⁶, прийнятого Верховною Радою України 28 червня 1996 року, містяться положення про Державні символи України, якими є Державний Прапор, Державний Герб і Державний Гімн. Так, Конституцією остаточно було закріплено за національним синьо-жовтим прапором статус Державного Прапора України, а головним елементом великого Державного Герба визнано Знак Княжого Держави Володимира Великого (малий Державний Герб України), а також норму про встановлення законом, що приймається не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради, опису державних символів та порядку їх використання.

У лютому 1992 року Верховна Рада України затвердила Малий Державний Гербом України „Золотий Тризуб на синьому тлі”. А з 1996 року згідно зі статтею 20 Конституції України знак Княжого Держави Володимира Великого (малий Державний Герб України) є головним елементом великого Державного Герба України. Цією статтею також визначено, що майбутній Великий Державний Герб України встановлюється з урахуванням малого Державного Герба України та герба Війська Запорізького.

Відколи стався Майдан та розпочався збройний конфлікт з РФ, триває нелегкий перехід до розбудови нової держави, зараз український народ лише починає усвідомлювати істинні цінності та святині. Слід підкреслити, що аналіз змісту державних символів України, їх конституційно-правового утвердження, запровадження на законодавчому рівні порядку їх використання набуває не тільки чисто академічного та пізнавального значення, а й практичної реалізації.

Тому питання про те, чому Золотий Тризуб в нашій Конституції зазначається як „Знак Княжого Держави Володимира Великого”⁷, які ідеї має містити Державний Герб, чому Україна повинна мати великий і малий Державні Герби України набувають надзвичайної актуальності. Прийшов час, коли потребується донесення до народу історичної правди про походження нашого Державного Герба, а також законодавчого закріплення його символічного значення.

Досвід європейських країн щодо конституційної регламентації державних символів, незважаючи на її різницю як за формою так і за змістом, свідчить про те, що країнами державним символом затверджується єдиний державний герб, який інколи зображується на державному прапорі. Існування великого та малого державних гербів конституційно передбачено тільки в Сербії та Чехії, колишніх країнах пострадянського табору. Затвердження в Конституції України великого державного герба було на той час компромісом з представниками комуністичної ідеології в парламенті, крім того тільки одна країна має поєднання тварини і людини у зображенні герба - Ісландія.

Незважаючи на те, що сучасні події в Україні об'єктивно посилюють підтримку та повагу до державної символічної системи в суспільстві – Державного Прапора України із синьо-жовтих смуг та Державного Герба України у вигляді Золотого Тризуба на синьому фоні – час від часу відкривається дискусія щодо походження тризуба, а одтак, щодо його символічного значення та історичного зв'язку з давнім періодом державності для сучасної Держави України.

Знак тризуб відомий багатьом народам світу з найдавніших часів. До нас дійшли писемні згадки про золотий тризуб і блакитне вбрання царів Атлантиди з праці Платона „Тімей”, яка датується 360-355 рр. до нашої ери. На територіях сучасної України наскельні малюнки тризуба датовані IV-III тисячоліттям до нашої ери були знайдені на Поділлі, на монетах Боспорського царства V століття до нашої ери. Тризубом був увінчаний шолом Урартського царя в VII столітті нашої ери. Тамги-тризуби мали сарматські племена та інші народи. Тризуб тримає в руках скіфський Тагимасад. У 1908 році в руїнах Десятинної церкви знайшли пласку цеглину-плінфу зі знаком Великого князя стольнокиївського Володимира Святославовича. З давньої

⁴ Про прапор України. Постанова Президії Верховної Ради України від 18 вересня 1991 року №1567-XII. URL : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1567-12>

⁵ Про Державний Прапор України. Постанова Верховної Ради України від 28 січня 1992 року № 2067-XII. URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2067-12>

⁶ Конституція України, прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 року. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

⁷ Белов О., Шаповалов Г. Герб України – які ідеї він містить у собі? // Олександр Белов, Георгій Шаповалов // Джеркало тижня . – 2012. - № 8(56). – С.15.

арійської міфології дізнаємося, що арії на своєму шляху з Подніпров'я до Індії залишили багатьом народам цей життєдайний знак – тризуб.

З поширенням християнства тризуб поєднувався з хрестом, про що свідчить зображення у Володимирському соборі, на маківці Золотих воріт у Києві.¹ Зображення тризуба у його сучасному вигляді є на іконі у головному храмі Ватикану, столиці держави Святий Престол.

В основу сучасного зображення Золотого Тризуба покладено давній тризуб, що був відомий на території українських земель, його символічне значення трактувалося як поділ Всесвіту на небесне, земне та потойбічне, майже як у наших прадавніх пращурів, для яких людське буття було зрозумілим з погляду на його складові: Яв – світ явний, Нав – світ пращурів, Прав – світ законів життя. Також тризуб трактують як єдність трьох начал – Божественного, Батьківського та Материнського або як єдність трьох природних стихій: природи, води і землі.

Головна ідея тризуба – це число три, поєднання трьох основ буття, тривимірність життєвого простору.

З історичних джерел та наукової літератури маємо інформацію про те, що Русь із столицею Києвом у 830-х роках вже мала зв'язки з Візантією, зносини з греками були то мирні то воєнні, а в XI столітті було здійснено воєнний похід на Візантію.

З грецьких джерел дізнаємося, що у 860 році Русь побила деяких сусідів, це були сіверяни та уличі, яких конче треба було приєднати до Києва, щоб забезпечити вільний прохід вниз по Дніпру. Як відомо з джерела „Полное собрание русских летописей“, що складається із 43 томів оригінальних текстів², уличі жили по Дніпру аж до моря. Отже, на сіверян та уличів було накинуто назву Русь. Це була перша територіальна експансія Київської Русі та початок формування Руської Землі на територіях Київ – Чернігова – Переяславля.

Також дізнаємося, що Київські князі того часу Аскольд і Дир були вже християнами, їх охрещення було католицьке. Дослідники стверджують, що вже у 856-882 роках на руських землях вже була певна частина населення, яким було прийнято християнську віру. Натомість більшість людей були прив'язані до старовини та вороже ставилися до діяльності Аскольда і Діра.

Цим скористався новгородський князь Олег, який заволодів державою та став правити в Києві, спираючись на підтримку населення. Це була легендарна історична постать, засновник Київської держави, за його часів християнські центри надовго послабли. Деревляни, радимичі, сіверяни та інші племена мали столицею держави Київ. Це підтверджується історичним договором Олега з греками 911 року, в якому йшлося про велику любов між християнами й Руссю від багатьох літ, а також хозарський документ, в якому йдеться про те, що хазари побили царя Русії Хельгу (Олега) і він відступив до Персії.

Договір Олега з греками 911 року має велике значення в історії становлення старого руського права та міждержавних відносин.

З 940-х років за часів князювання Ігоря в Києві він став потужним осередком на східно-європейських територіях, за рахунок зростання на торговельній артерії „з варяг у греки“. За князя Ігоря до Київської держави вже належали племена, що жили впродовж варязько-грецької дороги: деревляни, радимичі, сіверяни, уличі, дреговичі, кривичі, слов'яни.

В 941 році Візантія мала наміри обмежити торгівельні стосунки з Київською державою, але всі непорозуміння були влаштовані завдяки грецько-руському договору Ігоря з греками 944 року. Мир складено у Царгороді 944 р. У посольстві було понад 20 послів, що були представниками Ігоря, його родини та інших князів³. Документ свідчить про наявність елементів державного устрою, який не був зосереджений в руках одного князя, в договорі згадується, що в окремих землях є свої князі – Мал деревлянський, Володислав і Предислава зі слов'янськими іменами, численні норманські князі, які були висланниками Київського князя в окремі землі для збирання данини, вони заступали місцевих князів і централізували управу в руках Київського князя. Подібну роль виконували княжі мужі, яких вже тоді називали боярами, які виключно силою тримали під покорою Київського князя покорені землі. З тексту Ігорева договору слідує, що навернення в християнську віру Русі було умовою греків, як своєрідна моральна запорука мирної поведінки Києва на майбутнє.

Після смерті Ігоря у 948 році, який загинув у боротьбі з деревлянами під Іскоростеном коли їхав збирати данину, його дружина Ігоря Ольга, яка сповідувала християнство, явила історичний приклад активної ролі в правлінні державними справами.

З того часу, у 962 році князем став син Ольги Святослав, який, як і його дружина, не був християнином, незважаючи на намагання Ольги навернути Святослава до іншої віри. Святослав закінчив об'єднання східно-слов'янських племен в одній державі, поширивши свою владу на вятичів, фінські племена, зруйнувавши під Доростолом болгар та розбивши хазарів⁴.

¹ Дмитренко М., Іваннікова Л., Лозко Г., Музиченко Я., Шалак О. Українські символи / За ред. канд. філ. наук М.К. Дмитренка // К.: Редакція часопису „Народознавство“. – 1994. – С. 14-16.

² Полное собрание русских летописей. URL : http://psrl.csu.ru/indexs/index_tom.shtml

³ Договір Ігоря з греками. URL : <https://history.vn.ua/book/great/52.html>

⁴ SANT VLADIMIR THE GREAT – SOVEREIGN AND BAPTIST OF THE RUS / Rev. Ireneus Nasarko, OSBM., M.A. // Ottawa, Canada, 1951. – С. 71-75.

Слід згадати, що найстаршу характеристику передхристиянського світогляду племен, що мешкали на теперішніх українських територіях, подає грецький письменник VI століття Прокопій Кесарійський⁵, який вказує, що „словени” і „анти” признають владикою всіх Єдиного Бога, який посилає блискавки. Згодом той бог звався Перун, який мав особливе поважання в Києві. Від спостереження блискавок, які мали, як правило, дві або три золоті стріли в ореолі синього грому, тому князь Святослав мав своїм знаком двозуб. Святослав був вбитий печенігами за намовленням греків, бо його успіхи в будівництві держави стривожили візантійців.

Ні одна нація в історії не досягнула такого величного розуміння жертви і героїзму, як нація українська. Жертва на вівтарі Волі і Правди стається українською національною релігією.

І хоч жертвам цієї нації здається, що немає кінця, - так здається для матеріалістичного ока, - то все ж таки нація ніколи не засумнівалася в доцільності обраного шляху святої боротьби і жертви за наднаціональні і загальнолюдські ідеали Волі Народів і гідності Людини⁶.

Зовсім не випадково український народ вибрав символ тризуба, який згодом трансформувався із Святослава двозуба. Природа вибраного символу у великій мірі залежить від природи нації, що даний символ вибирає.

Оскільки саме на землях теперішньої України тризуб має безперервну багатотисячолітню традицію, він має бути визнаний національним символом і символом держави як єдиний Державний Герб України, що уособлює символ Перемоги над старим, злочинним світом зневаги, егоїзму та особового заслплення, як символ Влади в Дії для створення нової Великої України в ім'я Бога, Добра, Правди.

Верховною Радою України був прийнятий Закон України „Про Державний Гімн України” 6 березня 2003 року № 602-IV⁷, яким встановлено, що державним Гімном України є національний гімн на музику М. Вербицького із словами першого куплету та приспіву твору П. Чубинського. Статтею 2 цього Закону встановлено порядок використання Державного Гімну України. Разом з тим, через позицію закону про встановлення тексту гімну тільки з першого куплету та приспіву в суспільстві на 28 році незалежності України триває дискусія щодо повноти тексту Державного Гімну, оскільки відомо, що текст твору П. Чубинського складається з трьох куплетів, стандартів його виконання, а також заміни слів „ще не вмерла України” на „розквітає України”. За останні п'ять років на офіційному інтернет-представництві Президента України зареєстровано 11 електронних петицій та понад чотирьох десятків звернень.

У 2000-ні роки коли готувався законопроект „Про Державний Гімн України” у деяких народних депутатів були великі амбіції проштовхнути свої тексти. За результатами розгляду всіх пропозицій щодо змін до слів гімну Павла Чубинського, комісією було констатовано, що ніхто не подав кращого варіанту. Тому, у Законі „Про Державний Гімн України” було лише одне виправлення, „Ще не вмерла України ні слава, ні воля”.

Під час боротьби за незалежність України не було офіційного встановлення гімну. Поезія „Ще не вмерла Україна” була написана у 1863 році та швидко розійшлася в народі, серед інтелігенції, студентів. Особливо широко текст почали вживати в роки становлення влади ЗУНР і УНР поряд з виконанням інших творів, як то „Заповіт” Т. Шевченка та „Вічний революціонер” І. Франка. Разом з тим, ні УНР, ні ЗУНР, ні Українська Держава Скоропадського не фіксували гімну офіційно. Єдине юридичне затвердження, яке зробили у першій половині минулого століття, було у 1939 році, коли сейм проголосив державну самостійність Карпатської України. Вони ухвалили, що гімн „Ще не вмерла Україна” є державним символом Карпатської України.

Слід зазначити, що конституції європейських країн містять статті про державні символи, положення яких є деталізованими різною мірою. У більшості конституцій зазначено, що питання про державні символи, у тому числі порядок їх використання, докладно встановлюються спеціальними законами.

В Україні до цього часу не прийнято відповідних законів, якими б закріплювалися питання опису, поняття, порядку використання та захисту Державного Прапора України та Державного Герба України, потребує удосконалення також положення Закону України „Про Державний Гімн України” щодо порядку його використання та захисту.

Не зважаючи на те, що всі незалежні країни мають державні символи у вигляді державного прапора, державного гербу, державного гімну, а інколи й девізу та державної печатки, які посвідчують державу та її суверенітет, міжнародні стандарти щодо їх визначення відсутні.

На міжнародному рівні врегульовано тільки порядок використання державних символів на територіях, фасадах і всередині приміщень дипломатичних представництв і консульських установ, а також на засобах пересування представників іноземних держав, які знаходяться в зарубіжних країнах. Такі правила містяться у статті 20 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 18 квітня 1961 року, статті 29 Віденської конвенції про консульські зносини 24 квітня 1963 року, які ратифіковані Україною

Державні символи у сучасному їх розумінні з'явилися лише протягом останніх двох століть у процесі формування сучасних держав. Вибір символіки у кожного державного утворення – індивідуальний. Сьогодні всі

⁵ Прокопій Кесарійський про анти. URL : <https://history.vn.ua/book/xrestomatia/26.html>

⁶ Шаян В. Українська символіка / Проф. Володимир Шаян // Вид-во „Українське відродження” при Об'єднанні Українців Рідної Віри 21 Munn St. Hamilton, Ont. Canada L8V IKI/ - 1990, - С 3-15.

⁷ Закон України „Про Державний Гімн України” від 6 березня 2003 р. № 602-IV . URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/602-15>

незалежні держави ідентифікуються завдяки державному прапору, державному гербу та державному гімну. Інколи затверджується ще й девіз та державна печатка. Досвід іноземних країн свідчить про те, що іноді державним гербом затверджувалися герби давніх форм державності, часом за основу брали геральдичні традиції політично більш активного регіону, де процеси національного самоусвідомлення й державотворення або національно-визвольний рух були найпотужніші, а також обирали й затверджували цілком нові символи.

Іноземний досвід правового регулювання свідчить про те, що не всі держави у світі використовують герб як державний символ, деколи таку функцію виконують зображення державних печаток або негеральдичних емблем. Це залежить передусім від історичних, культурних чи релігійних традицій. Не герби, а саме емблеми як декларування республіканізму є символами Франції та Італії – країн із тривалими історичними традиціями.

Серед країн із традиційними гербами лише незначна кількість мають великий і малий герби. Переважно це держави з давнім і чинним досі монархічним устроєм, як от: Швеція, Данія, Нідерланди, Люксембург, Ліхтенштейн та інші. У них великі герби є символом пануючого монарха, хоч інколи вживаються і в інших сферах. Неодмінним елементом таких знаків є зображення так званих корон гідності, що увінчують геральдичну композицію. Сьогодні в гербах монархій подано зображення не символічних, а реальних корон, що використовуються в офіціальних церемоніях. Німеччина, Польща, США, Фінляндія, Швейцарія, Ірландія та багато інших країн мають лише один герб.

В гербах деяких постсоціалістичних країн, наприклад, у Польщі, Росії та Румунії корони увінчують голови орлів у щиті як гербові фігури, натомість вони не відіграють ролі корон гідності. У символах Грузії, Сербії і Болгарії, а також у сучасних державних гербах Угорщини та Чорногорії повернули корони зі старих гербів, коли ці країни були монархіями, або розмістили історичні корони з давнішого періоду. Такий підхід дещо нівелює геральдичну логіку, натомість обґрунтовується історичною спадковістю.

Близько 30 років тому у Данії змінили зображення державного герба, оскільки на ньому зображалися території, щодо яких королівство мало претензії, проте вони вже були у складі ФРН. Щоби зберегти добросусідські відносини, вирішили внести у герб зміни.

В міжнародній практиці склалася особлива система правил використання державного прапора, так званий „етикет прапора“. Хоча правила ці не закріплені спеціальними міжнародними договорами, їх дотримуються як звичаєвих норм. Окремі норми містяться в положеннях Віденської конвенції про дипломатичні зносини¹, Віденської конвенції про консульські зносини², інших консульських конвенцій і нормах міжнародного права, правил дипломатичного протоколу та звичаїв держави перебування. В одних країнах ці питання відображені у внутрішньому законодавстві (США, Російська Федерація), в інших – регулюються винятково звичаями (Канада)³.

В багатьох країнах крім державного прапора використовуються персональні прапори і штандарти. Такі прапори мають, наприклад, Президент і Віце-президент США, монарх і члени королівської сім'ї у Великій Британії, генерал-губернатор та губернатори провінцій Канади, глави урядів, парламентів, міністерств, державних департаментів. Вони встановлюються в робочих кабінетах цих осіб, над резиденціями та над будинками, де проходять офіційні заходи за їх участю, причому, якщо на цих заходах присутні декілька осіб, що мають персональний прапор, над будинком встановлюється лише той, що належить найбільш високопоставленій особі. Під час перебування глави держави за кордоном його штандарт піднімається разом з державним прапором на будинку дипломатичної місії країни. Штандарти посадових осіб, що очолюють міністерства, відомства, встановлюються, як правило, лише в їх робочих кабінетах⁴.

Загальновідомим знаком жалоби є приспускання державного прапора (до половини флагштока протягом визначеного часу), або прикріплення до прапора чорної крепової стрічки. Приспускаються лише ті прапори, що знаходяться на флагштоках з підйомними пристроями, причому в особливому порядку: спочатку прапор швидко піднімається до верху флагштока, і одразу ж повільно опускається до його середини. Персональні прапори та штандарти не приспускаються. Прапори можуть приспускатися на всій території країни в разі загальнонаціональної жалоби, в т.ч. з приводу смерті глави держави, уряду, або в межах окремої адміністративно-територіальної одиниці. Наприклад, в США прапори приспускаються на території штату в разі смерті губернатора; на території виборчого округу – в разі смерті члена нижньої палати парламенту або органу місцевого самоврядування⁵. Прапор може приспускатися і на знак співчуття до втрати, що її зазнала інша країна. Так, в Канаді прапор на будинку міністерства закордонних справ приспускається в день поховання глави іноземної держави, глави уряду країни-члена Британської співдружності, а також глави дипломатичної місії, акредитованої в Канаді, що помер під час перебування на посту. На знак жалоби до прапора також може кріпитися чорна стрічка.

¹ Віденська конвенція про дипломатичні зносини. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_048

² Віденська конвенція про консульські зносини. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047

³ . The Complete Handbook of Diplomatic, Official and Social Usage / Mary Jane McCaffree, Poline Inns. – Washington, 1997. – P. 359.

⁴ The Complete Handbook of Diplomatic, Official and Social Usage / Mary Jane McCaffree, Poline Inns. – Washington, 1997. – P. 359.

⁵ U.S. Code Chapter 1 - The Flag. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/4/chapter-1>

В міжнародній практиці склався також особливий порядок поведження під час церемонії підняття та спуску державного прапора. Всі присутні повинні стояти струнко обличчям до прапора (в ряді країн – поклавши праву руку на серце). Військовослужбовці при цьому віддають честь; чоловіки знімають головні убори. Аналогічним є порядок поведження під час виконання державного гімну, при чому всі присутні повинні стояти обличчям в напрямку звучання гімну. Державний гімн іноземної держави з приводу візиту її представника виконується за традицією перед гімном держави-господаря⁶.

Як правило, гідність прапора захищається як в самій країні, так і за її межами, зневага до прапора розглядається як посягання на честь нації та держави. Саме тому на законодавчому рівні встановлюються санкції за порушення встановленого порядку поведження з прапором. Так, нестандартне використання прапора, наприклад, повішення його догори ногами чи віддзеркалено, може розглядатися як осквернення⁷, повішений на половину щогли прапор вважається оскверненням (як приклад, у Саудівській Аравії)⁸. У деяких країнах перевернутий прапор — це узаконений сигнал лиха або вказівка на стан війни. Крім того, у деяких країнах прапори симетричні за горизонталлю (наприклад, прапор Австрії), тому у звичайному і перевернутому стані виглядають однаково⁹.

Також, у деяких країнах вважається оскверненням прапора, коли його зображення розміщується на туалетному папері, серветках, килимках та інших подібних предметах, оскільки при їх використанні зображення прапора буде знищено і зіпсовано. Однак, дуже поширеним в деяких країнах є зображення прапора на одязі. Думки розходяться щодо того, є це актом вираження національної гордості чи неповаги¹⁰.

Державний прапор, незалежно від того, де він встановлюється, символізує державу, а тому завжди повинен бути в належному стані, і негайно замінюватися в разі пошкодження, забруднення тощо. Державний прапор, що став непридатним для подальшого використання, має знищуватися гідним чином, бажано через спалення. В США навіть існує спеціальна церемонія віддання останньої шани та спалення такого державного прапора¹¹.

Таким чином, етикет прапора – це складна система специфічних звичаєвих правил, що детально регламентують порядок використання прапора та поведження з ним у різноманітних ситуаціях. Неухильне дотримання його вимог – важливий обов'язок всіх державних органів, посадових осіб, організацій та фізичних осіб, що беруть участь у протокольних заходах – переговорах, зустрічах, контактах з іноземними органами і організаціями. Гідне поведження з державним прапором – запорука підтримання його авторитету як символу країни, показника рівня національної свідомості.

Анотація.

На сьогоднішній день не було б такої країни, яка немала своїх державних символів. Державні символи в багатьох країнах світу уособлюють в собі єдність країни та нації, свою незалежність, велику, багатогранну та могутню історію становлення власної державності. Для кожної країни державні символи – це повага до своєї історії, яка звісно ж закріплюється на законодавчому рівні, та охороняється законом. Символ – це перш за все, гарантія незалежності країни та її основні напрямки розвитку, які були закріплені подіями піднесення та розвитку держави.

Abstract.

Today, there would be no country that has many state symbols. State symbols in many countries of the world embody the unity of the country and the nation, their independence, the great, multifaceted and powerful history of the formation of their own statehood. For each country, state symbols are respect for their history, which is, of course, enshrined in law and protected by law. The symbol is, first of all, the guarantee of the country's independence and its main directions of development, which were enshrined in the events of the rise and development of the state.

Kakaulina Lyudmila,

Chief Consultant of the Department of National Legislation of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine

⁶ The Complete Handbook of Diplomatic, Official and Social Usage / Mary Jane McCaffree, Poline Inns. – Washington, 1997. – P. 359.

⁷ Charney, Evan (2009). У Roger Chapman. Culture Wars: An Encyclopedia of Issues, Voices, and Viewpoints (вид. Vol 1). M.E. Sharpe. с. 180. ISBN 978-0-7656-1761-3.

⁸ Goldstein, Robert Justin (2006). Burning the Flag: The Great 1989–1990 American Flag Desecration Controversy. Kent State University Press. с. 293. ISBN 978-0-87338-598-5.

⁹ Court of Appeal (Qld, Australia) «The objectionable feature of the conduct had very little to do with its political significance. <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/qld/QCA/2003/575.html>

¹⁰ The Complete Handbook of Diplomatic, Official and Social Usage / Mary Jane McCaffree, Poline Inns. – Washington, 1997. – P. 359.

¹¹ U.S. Code Chapter 1 - The Flag. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/4/chapter-1>

Le principe d'efficacité dans la pratique internationale: problèmes de définition et d'application

Принцип ефективності у міжнародній практиці: проблеми визначення та застосування

Karvatska Svitlana

Mots-clés:

traité international, interprétation des traités internationaux, principe d'efficacité, Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, organes judiciaires internationaux.

Ключові слова:

міжнародний договір, інтерпретація міжнародних договорів, принцип ефективності, Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р., міжнародні судові органи.

Introduction. Les principes interprétant un traité international remontent au droit privé romain et demeurent en droit international en tant que principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ou sous forme d'une coutume internationale. Les principes d'interprétation des traités internationaux sont principalement codifiés par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (art. 31 et 32). Selon la Cour internationale de Justice (l'ONU), les principes énoncés dans ces articles peuvent à bien des égards être considérés comme une codification des normes existantes du droit international coutumier. Le principe d'efficacité en tant que l'un des thèmes classiques du droit international public, a de l'importance dans le processus d'interprétation des traités internationaux, ainsi que dans le contexte de l'interprétation des traités en général. Bien que le principe d'efficacité n'ait pas été clairement défini dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, il est considéré comme un principe fondamental dans ce document normatif.

Analyse des recherches et des publications récentes. Dans la littérature juridique il n'y a pas d'opinion unanime sur l'interaction entre le principe d'efficacité, l'objet et l'objectif du traité international, les interprétations téléologiques et dynamiques (Sorel et Boré Eveno, 2011). Daniel Rietiker, professeur de droit international à l'Université de Lausanne (Suisse), professeur associé de droit humain à l'école de droit de l'Université de Suffolk (Boston, États-Unis), juriste principal à la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg, France), souligne que la pratique et la théorie préfèrent l'interprétation évolutive et l'application du principe d'efficacité dans des limites appropriées et raisonnables, ce qui justifie cette approche notamment par la nature particulière de certains traités. En ce qui concerne la pratique des tribunaux internationaux, les Cours des droits de l'homme (par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme) ont accordé une attention doctrinale considérable à cette question en adoptant une interprétation dynamique et efficace. Pour de nombreux auteurs, la nature particulière et les objectifs de ces traités justifient une approche flexible, évolutive et efficace. On peut dire le même de la Cour de justice de l'Union européenne, qui s'est fortement appuyée sur une interprétation conforme à l'efficacité du traité.

Dans la dernière édition ukrainienne « Droit public international », éditée par le professeur V.V. Mytsyk (qui a reçu en Ukraine le prix national Taras Shevchenko en 2020), le professeur M.V. Buromensky définit un système de principes particuliers pour l'interprétation des traités internationaux. Ainsi, le scientifique identifie 1) *le principe de bonne foi* qui prévoit l'interprétation du traité honnêtement, dans l'esprit de bonne volonté (*bona fide*) ; 2) *le principe d'efficacité* qui oblige à interpréter le traité conformément à son objet et à son objectif ; 3) *le principe d'unité* qui nécessite d'interpréter un traité international comme un acte réglementaire et juridique lié à l'objet et à l'objectif ; 4) *le principe du respect des droits des participants* qui interdit l'interprétation du traité dans l'intérêt d'une des parties ; 6) *le principe de légalité* qui prévoit l'interprétation du traité international conformément à d'autres règles du droit international.¹

L'objectif de l'article. L'objectif de cet article est d'étudier la nature, les problèmes de définition du principe d'efficacité, ainsi que les spécificités de son application dans la pratique internationale, en particulier dans le processus d'interprétation des traités internationaux.

¹ Буромєнський М. В. Тлумачення міжнародних договорів. Міжнародне публічне право : підручник : у 2 т. / В. В. Мицик, М. В. Буромєнський, О. В. Буткевич та ін.; за ред. В. В. Мицика. Харків : Право, 2019. Т. 2. С. 43.

Les résultats essentiels de l'étude. Le principe d'efficacité n'était pas strictement inscrit dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, mais, néanmoins, il peut être considéré comme un principe fondamental de ce document normatif. Notamment, la flexibilité du concept d'objet et d'objectif du traité permet de prendre en compte l'efficacité. D'autres outils d'efficacité sont l'interprétation téléologique et l'interprétation selon l'usage effectif (ut res magis valeat quam pereat), mais ni doctrine ni pratique ne font systématiquement de distinction entre ces concepts et principes. En outre, les organes judiciaires et quasi judiciaires chargés de certains traités, surtout sur les droits de l'homme, et de traités constitutifs des organisations internationales, ont adopté leurs propres principes d'efficacité, à savoir celui qui exige une protection « pratique et efficace » des droits de l'homme ou celui qui concerne des organisations internationales, c'est-à-dire la doctrine des pouvoirs cachés. La pratique de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) et de la Cour Internationale de Justice (CIJ) de l'ONU traitant des plaintes entre États, est moins centrée sur le principe d'efficacité, mais a néanmoins montré une nette tendance dans cette direction. D'ailleurs, l'analyse de la pratique de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui traite également des différends interétatiques, est encore plus ambiguë. Cependant, son interprétation est, en général, moins guidée par des considérations d'efficacité et de développement que la pratique des droits de l'homme.

Le principe d'efficacité est l'un des principes importants et discutables à la fois qui existent dans la pratique internationale. Il prévoit que le règlement du traité doit être interprété de telle manière que chaque partie du texte ait un sens. Selon A. Orakhelashvili, ce principe est indispensable pour garantir le bon impact des traités. A l'instar de R.J. Phillimore (1810-1885), juge et homme politique anglais, dernier juge de la Haute Cour de l'Amirauté (1867-1875), l'auteur insiste sur l'importance de parvenir à une clarté au cas où le règlement du Traité a un double sens. Cela lui permettra d'agir en favorisant l'atteinte de l'objectif de la Convention. Tandis qu'une interprétation inefficace du traité peut dans certains cas signifier sa violation.²

Le principe de l'efficacité de l'interprétation exige que les résultats de celle-ci contribuent à la réalisation de l'objectif de la règle du droit international, la rendent efficace. Selon la CIJ, ce principe est l'un des principes de base de l'interprétation, « qui est suivi par la justice internationale ». Dans la Convention de Vienne il reflète une exigence d'interpréter les traités internationaux « à la lumière de l'objet et de l'objectif du traité ». La compréhension de ce principe est due à la conclusion de la décision du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, du 2 octobre 1995 : « dans les limites permises par le droit international existant, le Statut doit être interprété de manière à garantir l'efficacité de cet objectif ».³

Les articles 31-33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'établissent ni système strictement défini, ni méthode d'interprétation spécifique, mais offrent un certain nombre de moyens d'interprétation. Des règles différentes peuvent être appliquées aux traités agissant en tant qu'un acte constitutif d'une organisation internationale ou conclus au sein d'une organisation pareille. Dans l'*avis sur les armes nucléaires* (OMS) la CIJ a déclaré : « Des traités similaires peuvent donner lieu aux problèmes d'interprétation, notamment en raison de leur nature traditionnelle et institutionnelle à la fois ».⁴ Cependant, la règle générale d'interprétation applicable aux traités fondateurs est soumise principalement à trois modifications intervenues dans la pratique. Premièrement, dans le processus d'interprétation du document constitutif d'une organisation internationale, l'exécution efficace des fonctions de cette organisation est importante. Deuxièmement, la pratique ultérieure de l'organisation elle-même, et non de ses États membres, dans l'application des traités fondateurs, en règle générale, est extrêmement importante pour l'interprétation de ces derniers. Dans certains cas, la conclusion du tribunal lors de l'interprétation repose uniquement sur cette pratique. Un exemple en est la décision prise dans l'affaire de *La construction du mur sur le territoire palestinien occupé*⁵. Troisièmement, si l'organe est autorisé à interpréter le traité fondateur de l'organisation, il cherche généralement à souligner la nécessité d'une interprétation autonome, sa différence par rapport aux concepts et traditions juridiques nationaux. Un bon exemple de cette approche de l'interprétation d'un traité international est la pratique judiciaire de la CIJ de l'UE, qui considère l'interprétation autonome des traités de l'UE comme un principe constitutionnel de l'Union européenne elle-même.

La règle générale d'interprétation s'applique également à l'interprétation du règlement sur l'interprétation, c'est-à-dire au règlement du traité qui prévoit les règles d'interprétation du traité dans lequel elles sont exposées. Citons en exemple l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les traités du transport international complet et partiel des marchandises par mer (2008). Il souligne l'importance de respecter le principe de la bonne foi dans le commerce international lors de l'interprétation du règlement de la Convention.

² Orakhelashvili A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2008. XXVII, p. 76-77].

³ Prosecutor v. Dusko Tadic aka «Dule» (Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) IT-94-1, of 2 October 1995 / International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 1995.

⁴ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict. Advisory Opinion of 8 Juli 1996 / ICJ Reports. 1996. § 19

⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion of 9 Juli 2004 / ICJ Reports. 2004. § 22; 108, § 27-28

Il existe beaucoup plus de règles d'interprétation des traités dans la pratique internationale que dans les articles 31-33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cependant, le règlement de la Convention sur l'interprétation n'empêche pas l'interprète d'appliquer d'autres principes compatibles avec la règle générale énoncée dans l'article 31. La question est de savoir si la règle d'interprétation proposée est hors du système établi par la Convention ou est couverte par son règlement. Oliver Dörr, docteur en droit à l'Université de Berlin, qui travaille actuellement à l'Institut européen d'études juridiques (Université d'Osnabrück (Londres)), et Kirsten Schmalenbach, docteur en droit, faculté de droit public international et de droit de l'Union européenne (Université de Salzbourg, Autriche), qui sont les auteurs du dernier Commentaire de la Convention de Vienne sur le droit des traités, constatent qu'au cours des premières années de son fonctionnement, la CIJ a développé ses propres méthodes d'interprétation des traités conformément à la Charte de l'ONU. Elle s'est appuyée principalement sur la pratique de la Cour permanente de justice internationale (CPJI), tout en développant et en clarifiant les principes de base.¹ Elle a appliqué à plusieurs reprises le principe d'efficacité; par exemple, dans l'une des premières affaires – *le Canal de Corfou*, la CIJ a indiqué que les traités doivent être interprétés en référence à leurs objets et objectifs déclarés ou évidents.²

Le principe d'efficacité a été appliqué dans la pratique initiale de la CIJ et a joué, comme il est indiqué, par exemple, dans l'affaire de « *Compétence en matière de pêche* » (1998), « un rôle important dans le droit des traités internationaux ».³ Le juge de la CIJ A. McNair estimait que le principe d'efficacité était limité dans son sens tout en soulignant que la doctrine et la pratique montrent une grande opportunité de l'application du principe d'efficacité.⁴ Selon Hugh Thirlway, collaborateur en chef du Cabinet juridique de la CIJ, le principe d'efficacité peut avoir deux manifestations possibles: l'une d'elles est de garantir que tout règlement du traité soit pourvu de sens, l'autre que le traité atteigne ses objectifs. Comme une analyse plus approfondie de la pratique internationale le montre, la véritable essence du principe d'efficacité combine les deux caractéristiques.⁵

La doctrine de *l'interprétation efficace* des traités internationaux a été défendue par le juge H. Lauterpacht. Son analyse de la pratique internationale lie le principe d'efficacité à la détermination d'un jugement international en ce sens qu'aucune question couverte par le traité convenable ne doit rester en suspens. Il estime que, dans la pratique, il est nécessaire « d'assurer la pleine efficacité du droit international, en particulier des obligations prises par les parties contractantes ».⁶ Selon A. Orakhelashvili, le principe d'efficacité est renforcé par le principe de bonne foi, mentionné dans l'article 31 (1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Mais l'efficacité, à son avis, c'est plus que de la bonne volonté; ainsi, l'opportunité du principe d'efficacité dépend de la conception efficace du règlement contractuel et des résultats de l'interprétation.⁷

R. Bernhardt, professeur à l'Institut de droit public et international de l'Université de Heidelberg (Allemagne), juge de la CIJ (1997-1998), président de la CIJ (1998), souligne que l'application du principe d'efficacité peut être problématique si le point de départ de l'efficacité n'est pas le texte du traité, mais ses objets et ses objectifs communs. Cette approche peut emmener à la création de nouveaux droits et obligations non prévus par les parties.⁸ H. Lauterpacht lie l'interaction entre *l'interprétation efficace* et la souveraineté des États, en notant que l'efficacité de l'interprétation qui diffère de l'inefficacité ou de l'efficacité limitée des obligations contractuelles, implique une limitation de la souveraineté, bien qu'une limitation pareille puisse résulter de l'obligation.⁹

En analysant le principe d'efficacité, G. Fitzmaurice soulignait que les traités doivent être interprétés au vu de leur objet et de leur objectif; un règlement particulier doit être interprété donc de manière à lui conférer un poids maximal et de la validité conformément au sens habituel. Au stade final de la codification, la Commission du droit international a confirmé que la règle d'efficacité se reflétait dans l'exigence d'interpréter un traité selon son sens habituel, son objet et son objectif. Étant donné que la Commission a adopté cette approche même dans les cas où le sens du texte donne lieu à deux interprétations différentes, l'importance du principe d'efficacité est évidente dans les cas où le texte du traité est clair. Ce principe a été appliqué par la CIJ, par

¹ Dörr O., Schmalenbach K. (eds.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. 2nd ed. Berlin: Springer, 2018. LVIII. P.565

² *Corfu Channel case (Meritz)*. Judgment of April 9th 1949 / ICJ Reports. 1949.

³ *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*. Jurisdiction of the Court. Judgment of 4 December 1998 / ICJ Reports. 1998. P. 432, § 52

⁴ McNair A. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961. XXI, P. 365.

⁵ Thirlway H. *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989*. *British Yearbook of International Law*. 1998. Vol. 69. Iss. 1. P. 44

⁶ Lauterpacht H. *The development of International Law by the International Court*. London: Stevens, 1958. P. 231

⁷ Orakhelashvili A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. XXVII. P. 393–395

⁸ Bernhardt R. *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge: insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte*. Köln; Berlin: C. Heymann, 1963. p. 96.

⁹ Lauterpacht H. *The development of International Law by the International Court*. P. 298

exemple, dans l'affaire « *LaGrand* », lorsque celle-là a défini l'objet et l'objectif de l'article 41 du Statut de la CIJ: « ne pas empêcher la Cour d'assumer ses fonctions <...> ». ¹⁰

En tant qu'un exemple illustratif de l'utilisation de ce principe dans la justice internationale moderne est l'affaire du *Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant la Géorgie et la Russie*, dans laquelle la CIJ a appliqué « le principe d'interprétation du traité international selon lequel il faut attribuer aux mots un sens » conformément à l'expression « qui n'est pas réglementée » dans l'article 22 de la Convention, et a rejeté la lecture de l'expression qui l'aurait privée de sens. ¹¹ Cependant, comme la pratique judiciaire internationale le confirme, le principe d'efficacité importe peu au regard du règlement déclaratoire du traité. L'efficacité n'est pas un concept séparé, elle est étroitement liée à l'objet et à l'objectif de ce traité.

Lors du premier jugement, le juge G. Fitzmaurice soulignait un autre principe: *les termes du traité doivent être interprétés selon le sens qu'ils avaient au moment de la conclusion du traité international*. A titre d'exemple citons son application dans l'affaire *du Maroc* ¹² qui traitait des droits des citoyens américains au Maroc. L'affaire a été ouverte contre les États-Unis sur la base d'une déclaration du Gouvernement de la République française. Les arrêts de la Cour portaient sur plusieurs points. Premièrement, en ce qui concerne l'octroi de licences du contrôle dans la zone française du Maroc, la Cour a reconnu que les États-Unis avaient droit à un régime économique favorable en vertu de leur traité avec le Maroc du 16 septembre 1836. Deuxièmement, en vertu de ce traité, les États-Unis ont le droit d'exercer leur juridiction consulaire dans toutes les affaires civiles et pénales. En même temps, la Cour a jugé qu'aucun traité n'obligeait les États-Unis à accorder l'immunité fiscale à leurs citoyens.

La formulation de ces principes a eu un impact significatif sur les travaux ultérieurs de la Confédération syndicale internationale concernant le droit des contrats. Pour *faciliter l'interprétation*, H. Waldock a suggéré de se référer à *l'objet et à l'objectif du traité, aux travaux préparatoires et à la pratique ultérieure des parties*. Selon lui, la règle d'efficacité, inscrite dans un règlement particulier (projet d'article 72) en tant que subordonnée au sens ordinaire et à l'objectif du traité, se trouve « dans les quatre coins de celui-ci », en laissant de la place à une certaine mesure légitime de l'interprétation. ¹³

Conclusions. Le processus d'interprétation du traité international peut être considéré comme une activité intégrée pendant laquelle les règles et les principes d'interprétation devraient être compris et appliqués en tant que des éléments interdépendants et se renforçant mutuellement d'une activité holistique. L'efficacité est l'un des principes importants et discutables à la fois qui existent dans la pratique internationale. Bien que le principe d'efficacité n'ait pas été inclus dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, il est considéré comme un principe fondamental du règlement de ce document. La règle d'efficacité se reflète dans l'interprétation du traité selon son sens général, son objet et son objectif. Puisque la Commission du droit international a adopté une approche efficace même dans les cas où le sens du texte donne lieu à deux interprétations différentes, il est évident à quel point le principe d'efficacité est important pour le contenu clair du texte du traité. Une analyse de la pratique internationale lie le principe d'efficacité à la détermination d'un jugement international au sens qu'aucune question couverte par le traité, ne doit rester en suspens. La règle d'efficacité inscrite dans un règlement particulier est soumise au sens général et à l'objectif du traité, qui se trouve « dans les quatre coins du celui-ci », en laissant de la place à une certaine mesure d'interprétation légitime.

Résumé

L'article est consacré à l'analyse du problème de définition et d'application du principe d'efficacité dans la pratique internationale. Il est prouvé qu'il est l'un des principes importants et discutables à la fois qui existent dans la pratique internationale. L'article précise que bien que le principe d'efficacité n'ait pas été inclus dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, il est considéré comme un principe fondamental dans l'interprétation des traités internationaux.

References:

1. Буроменський М. В. Тлумачення міжнародних договорів. Міжнародне публічне право : підручник : у 2 т. / В. В. Мицик, М. В. Буроменський, О. В. Буткевич та ін.; за ред. В. В. Мицика. Харків : Право, 2019. Т. 2. С. 20–53.
2. Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation). Preliminary Objections. Judgment of 1 April 2011 / ICJ Reports. 2011. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-00-EN.pdf>

¹⁰ LaGrand Case (Germany v. United States of America). Judgment of 27 Juni 2001 / ICJ Reports. 2001.

¹¹ Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation). Preliminary Objections. Judgment of 1 April 2011 / ICJ Reports. 2011. §133–134

¹² Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America). Judgment of 27 August 1952 / ICJ Reports. 1952. P.176, 189

¹³ Dörr O., Schmalenbach K. (eds.). Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary. 2nd ed. Berlin : Springer, 2018. LVIII, p. 566

3. Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America). Judgment of 27 August 1952 / ICJ Reports. 1952. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/11/011-19520827-JUD-01-00-EN.pdf>.
4. Corfu Channel case (Meritz). Judgment of April 9th 1949 / ICJ Reports. 1949. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>.
5. Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada). Jurisdiction of the Court. Judgment of 4 December 1998 / ICJ Reports. 1998. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/96/096-19981204-JUD-01-00-EN.pdf>.
6. LaGrand Case (Germany v. United States of America). Judgment of 27 Juni 2001 / ICJ Reports. 2001. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>.
7. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion of 9 Juli 2004 / ICJ Reports. 2004. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>.
8. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict. Advisory Opinion of 8 Juli 1996 / ICJ Reports. 1996. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.
9. Vienna Convention on the Law of Treaties (with annex). Concluded at Vienna on 23 May 1969. URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en.
10. Bernhardt R. Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge: insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte. Köln ; Berlin : C. Heymann, 1963. 200 S.
11. Dörr O., Schmalenbach K. (eds.). Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary. 2nd ed. Berlin : Springer, 2018. LVIII, 1535 p.
12. Harris D. J., O'Boyle M. Law of the European Convention on Human Rights / Ed. E. P. Bates, C. M. Buckley. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2014. 1080 p.
13. Lauterpacht H. The development of International Law by the International Court. London : Stevens, 1958. 408 p.
14. McNair A. The Law of Treaties. Oxford : Clarendon Press, 1961. XXI, 789 p.
15. Prosecutor v. Dusko Tadic aka «Dule» (Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) IT-94-1, of 2 October 1995 / International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 1995.
16. Orakhelashvili A. The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law. Oxford : Oxford University Press, 2008. XXVII, 594 p.
17. Thirlway H. The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989. *British Yearbook of International Law*. 1998. Vol. 69. Iss. 1. P. 1–83.

Karvatska Svitlana,

Doctoresse en droit

Professeure associée du département de droit européen et de droit comparé
de l'Université nationale Yuriy Fedkovytch de Tchernivtsi

Legal status of a tax resident in the system of international taxation

Правовий статус податкового резидента в системі міжнародного оподаткування

Kosse Dmytro

Ключові слова:

податковий резидент, адміністрування податків, автоматичний обмін інформацією за стандартом CRS, правовий режим оподаткування доходів фізичних осіб, Foreign Account Tax Compliance Act.

Keywords:

tax resident, tax administration, automatic exchange of information according to the CRS standard, legal regime of personal income taxation, Foreign Account Tax Compliance Act.

Постановка проблеми. Розвиток глобальних економічних відносин, інтеграція України до міжнародного економічного середовища ставлять перед будь-якою країною питання щодо правового регулювання, можливого контролю за активним транскордонним рухом інвестицій та капіталу, іноді і товару, а також за рухом людського потенціалу, фактично трудовою міграцією. Це питання постає все більш актуальним, коли держави та місцеві громади хочуть бачити більше доходів до своїх бюджетів, більше сплати податків на своїй території, більше інвестицій на своїй території.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в працях вітчизняних учених, зокрема, М.П. Кучерявенко, К. Бланкарта, Л.К. Воронової, Ю.Г. Демянчук, Р.Л. Дорнберг, І.В. Педь, І.Я. Олендер, А.В.Аронов, Т.А.Крушельницька, К.В.Кузнєцов, П.О. Селезень та ін. Водночас, не применшуючи значення цих та багатьох інших досліджень, зазначимо, що їх дослідження в більшості відображають загальні тенденції, правові проблеми та питання щодо оподаткування в цілому. При цьому значна увага науковців приділялася дослідженню міжнародних податкових договорів, конвенцій, особливо з питань уникнення подвійного оподаткування. Водночас можна зазначити, що така правова проблема, яка все більше стає актуальною як місце сплати податків, податкове резиденство фізичних осіб, обмін податковою інформацією щодо фізичних осіб між контролюючими органами різних держав на сьогодні залишається не достатньо дослідженою.

Правове забезпечення ефективного правового забезпечення питань місця сплати податків фізичними особами громадянами тієї чи іншої країни, отримання контролюючими органами достатньої податкової інформації щодо доходів таких фізичних осіб за межами країни податкового резиденства, правильне та ефективне використання контролюючими органами цієї інформації дасть можливість запропонувати шляхи та способи вдосконалення існуючих механізмів в Україні, що, у свою чергу, дасть змогу ефективніше адмініструвати податки та боротися з незаконними податковими ухиленнями, відкриє додаткові джерела для наповнення бюджету та справить позитивний вплив на імідж контролюючих органів України.

Формулювання мети статті. Стаття має мету визначити можливості та процедури встановлення правового статусу податкового резидента в системі міжнародного оподаткування. Також автор спробує відобразити існуючі правові проблеми в сфері визначення податкового статусу платника податків, місця сплати податків, процедури визначення податкового резиденства в контексті порівняння існуючих концепцій в Україні та Грецькій Республіці. Виявити та обґрунтувати необхідність комплексного правового підходу (поза межами однієї галузі законодавства) до проблеми визначення податкового резидента фізичної особи, виявлення інформації щодо доходів та майна що є об'єктом оподаткування в Україні, та здійснити аналіз міжнародного законодавства та законодавства Європейського Союзу в цьому контексті.

Виклад основного матеріалу. Поняття податкового резиденства вже постає як на рівні держав – податковий резидент країни, так і на місцевому рівні в умовах все більшої децентралізації управління в світі та всебічному збільшенню значення міст як місць проживання, роботи, дозвілля. Саме в цьому контексті всі починають розуміти більше значення поняття податкового резиденства ніж резиденства політичного, в частині статусу як громадянина країни, у якого є виборчі права тощо. Для державних органів і органів місцевого самоврядування більш важливим стає питання де і кому повинні сплачуватися податки за для збільшення дохідної частини бюджету, а значить і для більших можливостей.

На міждержавному рівні ці питання нібито врегульовані правовим режимом міжнародного подвійного оподаткування, та його усуненням, але ж не вирішує питання зі сплатою податків в державі громадянства. Більш того в залежності від способів усунення міжнародного подвійного оподаткування виникають і негативні явища, такі як порушення принципів однократності оподаткування¹.

Більш того, правовий статус податкового резиденства все більше застосовується в практиці встановлення економічних відносин в процесі глобальних процесів міграції трудового населення та інвестицій, руху капіталу. Зрозуміло що цей статус визначається відповідно до податкового законодавства кожної країни. Розглянемо розуміння цього статусу на прикладі України та держави члена Європейського Союзу - Грецької республіки.

Значення цього статусу використовується в двох основних напрямках, але не виключно. Це процедурні питання щодо взаємодії держави і його органів та представників із фізичною особою, та безпосередньо можливості застосування норм матеріального податкового права в частині оподаткування (визначені об'єкти, нарахування бази оподаткування тощо). В нашому випадку досліджуватися будуть виключно процедурні питання, питання правового статусу податкового резидента та його визначення, питання щодо об'єктів та бази оподаткування будуть розглянуті в окремому наступному дослідженні.

Так, щодо процесуальних норм, то одним із основних питань є визначення можливостей адміністрування податків платника податку, а саме де основне місце оподаткування його різних доходів. В нашому прикладі, здійснюється це на підставі нормативних актів Європейського Союзу та Конвенції між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно². Щодо нормативних актів Європейського Союзу, то до них можливо віднести в цьому контексті Конвенцію про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах³, Директиву Ради ЄС 2011/16/EU від 15.02.2011 року «Про адміністративне співробітництво в галузі оподаткування»⁴ та Директиву Європейського Парламенту та Ради ЄС 2005/60/EU від 26.10.2005 року «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму»⁵. Всі ці документи є чинними на території Європейського Союзу і в тому числі Греції та Україні.

Відповідно до вищезазначених міжнародних нормативних актів визначаються такі поняття як національна особа це фізичні особи, що мають громадянство договірної держави в нашому випадку або Греції або України. Також окремим питанням постає поняття резиденту. Так відповідно до статті 4 Конвенції між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно це будь-яка особа, яка за законодавством цієї Держави підлягає оподаткуванню в ній на підставі постійного місця проживання, постійного місця перебування, місця реєстрації або іншого аналогічного критерію. Але цей термін не включає будь-яку особу, яка підлягає оподаткуванню в цій Державі, тільки на підставі одержання доходів з джерел в цій Державі або стосовно майна, що в ній знаходиться.

У разі якщо відповідно до положень вищезазначеною статті Конвенції фізична особа є резидентом обох Договірних Держав, її статус визначається таким чином:

- a) вона вважається резидентом Договірної Держави, де вона має у своєму розпорядженні постійне житло; якщо вона має у своєму розпорядженні постійне житло в обох Договірних Державах, вона вважається резидентом Договірної Держави, в якій вона має більш тісні особисті й економічні зв'язки (центр життєвих інтересів);
- b) якщо Договірна Держава, в якій вона має центр життєвих інтересів, не може бути визначена або коли вона не має постійного житла у своєму розпорядженні в жодній з Договірних Держав, вона вважається резидентом Договірної Держави, де вона звичайно проживає;

¹ Демянчук Ю.Г. Оподаткування особистих послуг фізичних осіб за міжнародними договорами про уникнення подвійного оподаткування // Держава і право. Випуск 49, С. 268 – 273

² Конвенції між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/300_050#Text (дата звернення: 16.11.2020).

³ Конвенція про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах ратифіковано із застереженнями Законом № 677-VI (677-17) від 17.12.2008 // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_325#Text (дата звернення: 16.11.2020)

⁴ Стосовно обов'язкового автоматичного обміну інформацією у сфері оподаткування: Директива Ради Європейського Союзу 2014/107/ЄС від 9 грудня 2014 року про внесення змін до Директиви 2011/16/ЄС. Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_010-14#Text (дата звернення: 16.11.2020).

⁵ Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму: Директива 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу. Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_774#Text (дата звернення: 16.11.2020)

с) якщо вона звичайно проживає в обох Договірних Державах або коли вона звичайно не проживає в жодній з них, вона вважається резидентом Договірної Держави, національною особою якої вона є, тобто громадянином країни якої вона є;

д) якщо вона є національною особою обох Договірних Держав або якщо вона не є національною особою жодної з них, компетентні органи Договірних Держав вирішують питання за взаємною згодою.

Крім того, Конвенція між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно, визначає основні принципи усунення подвійного оподаткування в обох країнах, в частині що стосуються усунення подвійного оподаткування стосовно податків, сплачених на території за межами України (які не будуть суперечити головним принципам цього документу), на грецький податок, що сплачується за законодавством Грецької Республіки та відповідно до цієї Конвенції прямо або шляхом вирахування з прибутку, доходу або майна з джерел у Греції, буде робитися знижка у вигляді кредиту проти будь-якого українського податку, обчислюваного стосовно того ж прибутку, доходу або майна, стосовно яких обчислюється грецький податок.

З урахуванням положень законодавства Грецької Республіки, що стосуються усунення подвійного оподаткування стосовно податків, сплачених на території за межами Грецької Республіки (які не будуть суперечити головним принципам вищезазначеного документу), на український податок, що сплачується за законодавством України та відповідно до цієї Конвенції прямо або шляхом вирахування з прибутку, доходу або майна з джерел в Україні, буде робитись знижка у вигляді кредиту проти грецького податку, обчислюваного стосовно того ж прибутку, доходу або майна, стосовно яких обчислюється український податок.

Якщо резидент Греції одержує дохід, який відповідно до положень статті 7 або статті 14 Конвенції може оподатковуватись податком в Україні, але згідно з законодавством України в ній надається звільнення від податків, на які поширюється Конвенція, то такий дохід не буде оподатковуватись в Греції.

Слід розуміти, що відповідно до статі 9 Конституції України, міжнародно-правові документи, згоду на які дала (ратифікувала) Україна стають національним законодавством України⁶, хоча і маю більш високий статус порівняно із національним законодавством.

Відповідно до Податкового кодексу України⁷, фізична особа – податковий резидент - це фізична особа, яка має місце проживання в Україні. Хоча для цього поняття все більше і більше постає запитань, як його визначати? За місцем фактичного проживання, за місцем реєстрації, за місцем де навчаються діти, за місцем де є робота (основна, а може у якості консультанта, надавача професіональних послуг, фрілансера) або за центром життєвих інтересів.

Існує ряд особливостей щодо визначення цього статусу в Україні. Так, наприклад, у разі якщо фізична особа має місце проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо така особа має місце постійного проживання в Україні. Якщо особа має місце постійного проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо має більш тісні особисті чи економічні зв'язки (центр життєвих інтересів) в Україні. У разі якщо державу, в якій фізична особа має центр життєвих інтересів, не можна визначити, або якщо фізична особа не має місця постійного проживання у жодній з держав, вона вважається резидентом, якщо перебуває в Україні не менше 183 днів (включаючи день приїзду та від'їзду) протягом періоду або періодів податкового року.

Достатньою (але не виключною) умовою визначення місця знаходження центру життєвих інтересів фізичної особи є місце постійного проживання членів сім'ї такої особи або її реєстрації як суб'єкта підприємницької діяльності. Якщо неможливо визначити резидентський статус фізичної особи, використовуючи попередні положення цього підпункту, фізична особа вважається резидентом, якщо вона є громадянином України.

Якщо всупереч закону фізична особа - громадянин України має також громадянство іншої країни, то з метою оподаткування цим податком така особа вважається громадянином України, який не має права на залік податків, сплачених за кордоном, передбаченого ПКУ або нормами міжнародних угод України.

Таким чином, фактично чинне українське законодавство встановлює декілька критеріїв визначення статусу, але процедури – як це визначається, який саме орган це визначає, на підставі якої інформації визначається не встановлено. Можна розглянути дуже поширений приклад і не знайти відповідь. Так, наприклад, фізична особа громадянин України, має сім'ю в Україні, одна дитина проживає в Греції разом із татом і навчається в середній школі Греції, а тато працює віддалено в сфері ІТ (фрілансером) і отримує дохід від компанії із Сінгапуру, а друга дитина з матір'ю живе в Україні. Доходи надходять на розрахунковий рахунок в Греції, а за допомогою кредитної картки в Грецькому банку (або apple pay) дружина розраховується в Україні. Питання які тут виникають – як українські контролюючі органи узнають що є дохід у такого тата? Чи буде такий тато взагалі десь (в Україні чи Греції) сплачувати податки?

⁶ Про міжнародні договори України Закон України із змінами та доповненнями // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text> (дата звернення: 16.11.2020)

⁷ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 16.11.2020)

Більш того, поки в Україні невисоке оподаткування доходів фізичних осіб порівняно з Грецькою Республікою, резидент України буде хотіти оподатковуватися в Україні та бути податковим резидентом України, а у разі коли це зміниться, визначення такого статусу буде визначатися скоріш всього судами, і питання якими Грецькими чи Українськими? В контексті податкового кодексу України цій конкретній ситуації батьку потрібно просто буде зареєструватися фізичною особою підприємцем та вносити доходи як доходи від підприємницької діяльності у визначеному обсязі і сплачувати єдиний податок. На підставі існування фізичної особи – підприємця він буде визначатися як податковий резидент України. І сплачувати в рази менше податків ніж в Європі. Виключенням будуть лише доходи отримані саме в Європі, але ж знову в цьому випадку будуть застосовуватися угоди про усунення подвійного оподаткування, на прикладі Греції це Конвенція між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно.

Питання буде залишатися лише в тому, як контролюючі органи України взагалі узнають, що у такого тата – фізичної особи є дохід. В міжнародній практиці це визначається просто за допомогою автоматичного обміну податковою інформацією за стандартом CRS (Common Reporting Standard – Єдиний стандарт з обміну податковою інформацією)¹, у разі якщо країна приєдналася до такого стандарту. Вже більше 100 країн приєдналися. Європейські держави, в тому числі Греція його здійснює, а Україна ще поки ні². Це питання буде розглянуто окремо нижче в цьому дослідженні.

Відповідно до податкового кодексу України довідка про податкове резидентство надається безпосередньо заявнику або представнику за довіреністю із визначенням країни до якої надається протягом 5 робочих днів. Після її отримання необхідно звернутися до органів юстиції для здійснення апостилю. В цьому випадку документ фактично стає міжнародним в більшості країн і відповідно до нього вже здійснюється оподаткування його власника враховуючі вимоги угод про усунення подвійного оподаткування, інших міжнародних процедур щодо оподаткування та отримання податкової інформації.

В Греції правовий статус податкового резидента визначається двома основними нормативними актами в сфері оподаткування. Це Грецький кодекс про податкові процедури (ГСТР)³ та Грецький кодекс про доходи (ГІТС)⁴. Відповідно до цих нормативно-правових актів податковий резидент Греції це фізична особа, економічні інтереси якої зосереджені в Греції (тут його бізнес, інвестиції, робота, інші основні джерела прибутків), або фізична особа працює в Греції та отримує дохід із джерела в Грецькій республіці, або проводить в Греції не менше 185 днів в календарному році, тут його основне місце проживання і сім'я (центр життєвих інтересів). Але за умови, що надання місця проживання не здійснено на умовах при яких фізичній особі забороняється працювати на території Грецької Республіки або засновувати бізнес (міграційне законодавство в частині надання візи D для забезпечених осіб та надання тимчасової можливості життя в зв'язку із купівлею нерухомості (золота віза).

Відповідно до ст. 26 Конвенції між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно компетентні контролюючі органи Договірних Держав обмінюються інформацією, що стосується виконання положень цієї Конвенції або національних законодавств Договірних Держав, стосовно податків, на які поширюється вищезазначена конвенція, зокрема, щоб попереджувати ухилення від податків і полегшувати застосування встановлених законом положень проти легальних ухилень. Будь-яка інформація, одержана Договірною Державою, буде вважатися конфіденційною таким же чином, як і інформація, що одержана у межах національного законодавства цієї Договірної Держави, і буде розкрита тільки особам або органам (включаючи суди і адміністративні органи), які займаються оцінкою або стягненням, примусовим стягненням або розглядом апеляцій стосовно податків. Такі особи чи органи будуть використовувати інформацію лише для таких цілей. Вони можуть розкривати інформацію в ході відкритого судового засідання або при прийнятті судових рішень.

Окремим питанням, як вже зазначалося, можна розглядати Єдиний стандарт автоматичного обміну податковою інформацією (Automatic Exchange of Information – AEOI), який розроблено у вигляді міжнародно-правового документу, який передбачає щорічний автоматичний обмін податковою та банківською інформацією щодо руху коштів на рахунках в банківських, страхових, брокерських тощо установах між державами (в тому числі фіскальними контролюючими органами), які впровадили у будь-який законний спосіб Багатосторон-

¹ Багатостороння конвенція про співпрацю між компетентними органами з питань автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS // URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/> (Last accessed: 16.11.2020)

² Коссе Д.Д. Правове забезпечення автоматичного обміну податковою інформацією за стандартом CRS щодо податкових резидентів України // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України № 52 (2020), м. Івано-Франківськ.

³ Податковий процесуальний кодекс Грецької Республіки: Закон № 4174/2013, опубліковано Урядовий вісник Грецької Республіки AD 170 / 26.7.2013 // URL: http://www.publicrevenue.gr/kpi/static/doc/egkuglioi_n4172/kvdikasforologiaseisodimatos.html (дата звернення: 16.11.2020).

⁴ Greek Income Code (L. 4172/2013 "GITC" // опубліковано Урядовий вісник A 167 23.7.2013 // URL: http://www.publicrevenue.gr/kpi/static/doc/egkuglioi_n4172/kvdikasforologiaseisodimatos.html (дата звернення: 16.11.2020).

ню конвенцію про співпрацю між компетентними органами з питань автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS (Common Reporting Standard – Єдиний стандарт з обміну податковою інформацією)⁵.

Єдиний стандарт автоматичного обміну податковою інформацією розроблений ще у 2013 році Організацією економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) і, як багато інших програм та розробок цієї організації, створений для боротьби з ухиленням від сплати податків. Перший автоматичний обмін даними згідно з цим стандартом між компетентними контролюючими органами держав що прийняли Конвенцію стався у вересні 2017 року (за фінансовими показниками 2016 року). І далі цей процес здійснюється щорічно.

Слід розуміти, що CRS стандарт не є імперативними та не є нормою права. Цей стандарт є показником для відповідних держав, які вирішили його впровадити до свого чинного законодавства. Способи впровадження можуть бути різними в залежності від побудови системи оподаткування, контролю та адміністрування податків, фінансової та банківської системи в державі. Для того щоб він став обов'язковим, кожна країна повинна в свій спосіб імплементувати цей стандарт до свого чинного законодавства. На сьогодні вже понад 100 країн світу взяли на себе зобов'язання виконувати вимоги CRS.

Слід розуміти, що стандарт передбачає, як процедурні питання, так і безпосередньо інформацію яку отримують та передають учасники стосовно збору податкової інформації, інформації щодо руху коштів по рахунках платників податків, ідентифікація бенефіціарів рахунків тощо. Так, по-перше, банки, страхові компанії, інвестиційні фонди та інші фінансові установи повинні ідентифікувати податкову резидентність своїх клієнтів в способи які визначені вище в межах прикладу.

У разі виявлення того факту, що клієнт є податковим резидентом іншої країни-учасниці автоматичного обміну інформацією, на фінансову установу покладається обов'язок повідомити через компетентні контролюючі органи своєї країни надати контролюючим органам країни клієнта в якій він є податковим резидентом певну фінансову інформацію, що підлягає розкриттю. Зазначена інформація відповідно до чинного законодавства держави повинна ставати не банківською таємницею в межах передачі її компетентним органам відповідної країни та відповідних країн. Як правило, у більшості країн, в тому числі в Європейському Союзі, вона перестає бути банківською таємницею шляхом підписання відповідних документів при відкритті рахунків безпосередньо фізичною особою.

При цьому слід розуміти, що критеріями визначення статусу податкового резиденту Сполучених Штатів Америки відповідно до вимог FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act), який є чинним в більшості Європейських країн та в Україні передбачає вимоги щодо податкової звітності по закордонних рахунках податкових резидентів США, який було прийнято для боротьби з ухиленням від сплати податків резидентами США. Відповідно до цього нормативного документу для визначення податкового резидентства представник фінансової установи може, у разі сумнівів перевіряти додатково і такі дані - адресу місця проживання власника рахунку та поштову адресу, яка на даний момент зафіксована у документах фінансової установи; номер(и) телефону власника рахунку, який зафіксований у документах фінансової установи; чи наявні постійні інструкції стосовно переказу грошей з одного рахунку на інший; чи наявні поточні адреси "на ім'я" або адреси "до запитання", або адреси власника рахунку; та чи є наявна будь-яка довіреність або право підпису щодо рахунку. Фактично від цих даних залежить статус резидента відповідної країни.

Висновки. Таким чином, правове визначення статусу податкового резидента має схожі критерії в країнах Європейського Союзу та України, хоча критерії визначення, наприклад резидентів США мають істотні доповнення, які скоріш всього будуть застосовуватися в більшості цивілізованих країн. Саме визначення особи як податкового резидента, а значить країни до якої відноситься основне місце сплати податків буде в майбутньому мати велике значення. Для України це також набуває значення як для країни в якій більше одного мільйона осіб працюють за межами території країни, близько мільйона працюють в межах території країни, але отримують дохід із-за меж (фрілансери).

Статус податкового резидентства постає все більше значення у зв'язку із збільшенням безготівкових розрахунків в світі, необхідності кожного іноземного громадянина подавати до банківської установи де відкривається рахунок інформацію та документальне підтвердження свого податкового резидентства. Банк стає тією уповноваженою особою, що контролює цей процес, приймає безпосередню участь у наданні податкової інформації щодо обігу на рахунку, залишках по рахунку податкового резидента до контролюючих органів та фактично визначає адресу кожного власника рахунку.

Знову ж у світі з'являється тенденція щодо утримання в своєму резидентстві більше платників податків, притягнення в своє резидентство більше осіб які можуть сплачувати податки. І це вже зараз стосується не тільки офшорних територій, які відомі у всьому світі. Наприклад, Грецька Республіка вводить законодавство щодо фіксованого податку з будь-яких загальносвітових доходів, сплату додаткового податку у разі зміни резидентства великими платниками податків із Греції тощо. А це вже країна Європейського Союзу. В Україні поки що, такі процеси не здійснюються, хоча відносно не великі розміри оподаткування

⁵ Багатостороння конвенція про співпрацю між компетентними органами з питань автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS // URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/> (Last accessed: 16.11.2020)

притягнули би в Україну багато нових платників податку, але інвесторів та таких платників не задовольняє відсутність стабільності в податковому законодавстві, проблемному адмініструванні цих податків тощо.

Більш того одним із пріоритетних напрямів розвитку вітчизняного податкового законодавства повинно стати детальне визначення кваліфікуючих ознак, на підставі яких встановлюються статус податкового резидента - фізичної особи.

Анотація.

У статі розглянуті питання комплексного правового підходу щодо питання визначення статусу податкового резидента країни на прикладі України та Грецької Республіки в контексті міжнародного оподаткування. Зроблено порівняльний аналіз критеріїв визначення такого статусу, питання різних рівнів правового регулювання можливостей та відповідальності наявності такого статусу в міжнародно правових актах та в національних законодавчих актах.

Визначено питання процесуального регулювання та можливостей щодо встановлення та визначення правового статусу податкового резидента відповідно до законодавства обох країн. Можливості встановлення цього статусу з точки зору впливу на остаточне місце виплати та адміністрування податків, тенденції що виявляються в міжнародному оподаткуванні.

Проведено порівняльний аналіз щодо виявлення та використання податкової інформації по запиту та в режимі автоматичного обміну за стандартами CRS та FATCA. Визначено ряд правових проблем та необхідність їх вирішення на рівні національного законодавства за для впровадження кращих практик податкових взаємодій між контролюючими органами держав.

Проведено правовий аналіз можливостей імплементації міжнародного податкового досвіду з цього приводу до українського законодавства, та аналіз Європейських норм, на прикладі Грецької Республіки.

Summary.

The article discusses the issues of an integrated approach to the issue of determining the legal status of a tax resident for individuals in the country on the example of Ukraine and Greece in the context of international taxation. A comparative legal analysis of the criteria for determining such a status, an analysis of various levels of legal regulation of opportunities and legal responsibility in the presence of such a status for an individual in international legal acts and in acts of national legislation is carried out.

The issues of procedural legal support, regulation and possibilities for establishing and determining the legal status of a tax resident in accordance with the legislation of both countries have been identified. Opportunities for obtaining this status in terms of impact on the final place of payment and administration of taxes, trends in determining the residence for individuals in international taxation. A comparative analysis was carried out to identify, obtain and use tax information that can be obtained by the regulatory authorities of the respective states upon request, as well as in the automatic exchange mode according to unified CRS standards and FATCA agreements.

A number of important legal problems and the need for their solution at the level of national legislation for the implementation of the best practices of tax interaction between the regulatory authorities of states have been identified. A legal analysis of the possibilities of implementing international tax experience and legislation in the field of international taxation into Ukrainian legislation was carried out, as well as an analysis of European norms on the example of the Hellenic Republic.

References:

1. Greek Income Code (L. 4172/2013 "GITC" // опубліковано Урядовий вісник А 167 23.7.2013 // URL: http://www.publicrevenue.gr/kpi/static/doc/egkuglioi_n4172/kvdikasforologiasoisodimatos.html (дата звернення: 16.11.2020).
2. Багатостороння конвенція про співпрацю між компетентними органами з питань автоматичного обміну інформацією за стандартом CRS // URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/> (Last accessed: 16.11.2020)
3. Демянчук Ю.Г. Оподаткування особистих послуг фізичних осіб за міжнародними договорами про уникнення подвійного оподаткування // Держава і право. Випуск 49, С. 268 – 273
4. Конвенції між Урядом України і Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/300_050#Text (дата звернення: 16.11.2020).
5. Конвенція про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах ратифіковано із застереженнями Законом № 677-VI ([677-17](#)) від 17.12.2008 // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_325#Text (дата звернення: 16.11.2020)
6. Коссе Д.Д. Правове забезпечення автоматичного обміну податковою інформацією за стандартом CRS щодо податкових резидентів України // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України № 52 (2020), м. Івано-Франківськ.

7. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 16.11.2020)

8. Податковий процесуальний кодекс Грецької Республіки: Закон № 4174/2013, опубліковано Урядовий вісник Грецької Республіки AD 170 / 26.7.2013) // URL: http://www.publicrevenue.gr/kpi/static/doc/egkuglioi_n4172/kvdikasforologiaseisodimatos.html (дата звернення: 16.11.2020).

9. Про міжнародні договори України Закон України із змінами та доповненнями // Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text> (дата звернення: 16.11.2020)

10. Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму: Директива 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу. Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_774#Text (дата звернення: 16.11.2020)

11. Стосовно обов'язкового автоматичного обміну інформацією у сфері оподаткування: Директива Ради Європейського Союзу 2014/107/ЄС від 9 грудня 2014 року про внесення змін до Директиви 2011/16/ЄС. Законодавство України : база даних / Верхов. Рада України. Дата оновлення: 16.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_010-14#Text (дата звернення: 16.11.2020).

Kosse Dmytro,

Ph.D., Associate Professor

Kyiv National Economic University

named after Vadim Hetman

Legal guarantees for public servants in case of dismissal on the grounds of oath-breaking

Юридичні гарантії державних службовців у випадку звільнення на підставі «порушення присяги»

Kravchuk Ostap

Key words:

oath, public service, public servant, oath-breaking, legal liability, legal guarantees, legislation in force.

Ключові слова:

присяга, державна служба, держслужбовець, порушення присяги, юридична відповідальність, юридичні гарантії, чинне законодавство.

Постановка проблеми. Аналізуючи питання юридичних гарантії державних службовців у випадку звільнення на підставі «порушення присяги», потрібно виходити з того, що «обов'язки і права державного службовця лише тоді мають соціальний сенс та значущість, якщо вони забезпечені правовими та економічними гарантіями»¹.

Питання щодо поняття юридичних гарантії взагалі та юридичних гарантії у публічному праві зокрема є спірним ще донині. Наразі в юридичних джерелах відсутня єдина думка щодо визначення терміна «юридична гарантія». Однак найбільш прийнятною, на наш погляд, є позиція тих авторів, які юридичні гарантії визначають як норми права, які передбачають у своїй сукупності правовий механізм, покликаний сприяти реалізації законів; якісна характеристика юридичних гарантії передбачає оцінку всієї чинної системи права, з погляду повноти охоплення правовим інструментарієм усіх найважливіших взаємовідносин державних органів та громадян, а також громадян між собою². На думку А. В. Міцкевича, юридичні гарантії – це ніщо інше, як установлений порядок діяльності державних органів та установ, громадських організацій, спрямований на попередження і припинення посягань на права та свободи громадян, на відновлення цих прав і притягнення до відповідальності за порушення цих прав³.

Для порівняння й узагальнення поняття «юридичні гарантії» можемо звернутися до юридичної енциклопедії, де юридичні гарантії прав і свобод для людей – це правові норми та інститути, що забезпечують можливість безперешкодної реалізації прав людини, їх охорону, а в разі протиправних посягань – їх захист і поновлення за допомогою юридичних гарантії, які закріплені Конституцією та іншими законами України⁴.

Безперечно, правові норми є юридичними гарантіями захисту прав людини. Проаналізувавши висловлені в юридичній літературі думки, робимо висновок, що юридичні гарантії – це відображені в чинному законодавстві умови, способи та засоби, за допомогою яких визначається правовий порядок реалізації та здійснення прав і свобод людини, а також їх охорона, захист та відновлення у разі порушення з боку інших суб'єктів.

Щодо юридичних гарантії держслужбовців, які, до слова, прописані законодавчо, то це права, які виникають під час прийняття, проходження та звільнення з державної служби, є загальними. На наш погляд, виокремлення спеціальних правових гарантії державного службовця під час звільнення зі служби за кожною підставою окремо, зокрема й щодо «порушення присяги», не є доцільним, оскільки юридичні гарантії службово-трудової діяльності не варто відокремлювати, ні, тим більше, протиставляти іншим видам гарантії чи створювати їх для кожної підстави окремо. Роль і значення юридичних гарантії під час звільнення з державної служби можна правильно зрозуміти й оцінити, аналізуючи їх у нерозривній єдності

¹ Державна служба: підручник у 2 т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; редкол.: Ю. В. Ковбасюк (голова), О. Ю. Оболенський (заст. голови), С. М. Серьогін (заст. голови) [та ін.]. Київ: НАДУ; Одеса: [б. в.], 2013. Т. 2. С. 211.

² Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін. Київ: Укр. Енцикл., 1998. Т. 1: А-Г. С. 555.

³ Загальна теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл. / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2002. С. 79.

⁴ Солдатова В. Д. Сутність та загальна характеристика юридичних гарантії законності в адміністративній діяльності ОВС України. *Форум права*. 2010. № 4. С. 846–852. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10cvddou.pdf> (дата звернення: 20.11.2020).

з іншими гарантіями, що виникають у зв'язку зі звільненням зі служби, розглядаючи їх як частину єдиного цілого. Системний підхід до юридичних гарантій дає змогу правильно визначити їхнє місце. З одного боку, не слід перебільшувати (як нерідко спостерігаємо сьогодні) роль юридичних гарантій в охороні, забезпеченні й захисті посадових повноважень державних службовців, висуваючи їх на чільне місце; з іншого боку, було би помилково розглядати юридичні гарантії як якийсь додаток до інших гарантій. Науковий підхід до проблеми юридичних гарантій відкидає всяку однобічність, нехтування чи перебільшення різних груп гарантій. Кожний із видів гарантій під час припинення служби по-своєму важливий, і тільки в комплексі вони можуть забезпечити повну і всебічну реалізацію прав, свобод, обов'язків і законних інтересів державних службовців.

Сам термін «гарантії» безпосередньо наявний у чинному Законі України «Про державну службу» № 889, а саме: дисциплінарне стягнення має відповідати ступеню тяжкості вчиненого проступку та вини державного службовця; під час визначення виду стягнення потрібно враховувати: а) характер проступку, б) обставини, за яких він був вчинений, в) обставини, що пом'якшують чи обтяжують відповідальність, г) результати оцінювання службової діяльності державного службовця, д) наявність заохочень, стягнень та е) його ставлення до служби; дисциплінарне стягнення може бути накладено тільки у разі встановлення факту вчинення дисциплінарного проступку та вини державного службовця; вчинення державним службовцем діянь у стані крайньої потреби або необхідної оборони виключають можливість застосування дисциплінарного стягнення; за кожне порушення службової дисципліни накладається лише одне дисциплінарне стягнення; дисциплінарне стягнення не може бути застосовано під час відсутності державного службовця на службі у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю, під час перебування його у відпустці або у відрядженні; дисциплінарне стягнення до державного службовця застосовується не пізніше шести місяців з дня виявлення дисциплінарного проступку, без урахування часу тимчасової непрацездатності або перебування у відпустці, а також не застосовується, якщо минув один рік після його вчинення; державний службовець має право на ознайомлення з матеріалами дисциплінарної справи та на оскарження застосованого до нього дисциплінарного стягнення у визначеному цим Законом порядку; державний службовець може користуватися правовою допомогою адвоката або іншого уповноваженого ним представника.⁵

З усього переліку наведених гарантій у сфері припинення держслужби проблема захисту прав державного службовця під час звільнення з підстав «порушення присяги» полягає в реальних можливостях застосування цих правових гарантій. Варто також погодитися з думкою Н. А. Кузьменко, яка, досліджуючи проблематику адміністративно-процесуальних гарантій прав та інтересів публічних службовців, відзначає, що останні потребують захисту від двох основних джерел небезпеки – вищих суб'єктів владних повноважень та інших осіб, які владних повноважень не мають, однак у системі адміністративного судочинства захист здійснюється тільки від першої небезпеки, коли вище керівництво, виходячи з хибного розуміння корпоративного інтересу чи зловживаючи своїм становищем, порушує права або законні інтереси підлеглих публічних службовців.⁶

У літературі, коли мовиться про особливості захисту прав суб'єктів у разі припинення з ними трудових правовідносин, виділено певні особливості. Першою особливістю є те, що гарантуванню в таких випадках підлягають три блоки прав: (а) гарантування правомірного припинення з працівником трудових правовідносин; (б) гарантування забезпечення права індивіда на працю після припинення останніх; (в) гарантування права на захист і відновлення порушених прав. Друга особливість – залежність комплексу гарантій від суб'єкта трудових правовідносин, права якого повинні бути забезпечені. Третя особливість – це необхідність гармонізації національного законодавства з міжнародними та європейськими актами, що стосуються досліджуваного питання.⁷

Безумовно, у разі звільнення з державної служби за «порушення присяги» захисту мають підлягати аналогічно ті ж групи прав, що й при звільненні у разі вчинення іншого дисциплінарного проступку, у неменшому обсязі. Відповідно, запропоновані блоки прав взято за орієнтир під час аналізу юридичних гарантій захисту прав держслужбовця у разі звільнення зі служби за «порушення присяги».

Отже, ст. 43 Конституції України гарантує усім громадянам захист від незаконного звільнення. Звідси випливає, що право на правомірне припинення державної служби варто розглядати як конституційну гарантію кожного, зокрема державного службовця, що склав присягу.

Стаття 19 Конституції України декларує, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти тільки у спосіб, що передбачений законом. Тим самим ця норма закладає конституційно-правові основи та саму необхідність запровадження юридичних процедур у різних

⁵ Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 № 889-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text> (дата звернення: 20.11.2020).

⁶ Кузьменко Н. А. Адміністративно-процесуальні гарантії прав та законних інтересів публічних службовців: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2016. С. 29.

⁷ Джепа Ю. А. Юридичні гарантії права на працю при припиненні трудових правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Луганськ, 2009. С. 11.

галузях права. Це, зокрема, стосується розробки юридичних процедур, необхідних для реалізації матеріальних норм права, які встановлюють підстави та порядок притягнення до дисциплінарної відповідальності державних службовців, що є можливим за наявності сукупності певних умов матеріально-правового та процесуального характеру. При застосуванні до державного службовця дисциплінарної відповідальності вкрай важливе значення має процедура її застосування. Основними положеннями, які в загальному вигляді мають бути нормативно визначені для всіх видів дисциплінарного провадження, є завдання, мета, підстави, стадії, строк і порядок його проведення, суб'єкти, а також права та обов'язки цих суб'єктів. Дисциплінарна відповідальність, тобто матеріальна норма, може бути застосована в разі чіткого дотримання визначеної в законодавстві процедури, під час якої встановлюється сам факт дисциплінарного проступку, його юридичний склад, збираються відповідні матеріали та докази обвинувального та виправдовувального характеру.

Чітке закріплення поняття, видів та сутності дисциплінарного провадження є вимогою сьогодення. Тож закріплення норм про дисциплінарну відповідальність державних службовців у новому Законі України «Про державну службу» № 889 має не тільки теоретичне, але й практичне значення. Водночас відзначимо, що хоча в цьому Законі і вжито поняття «дисциплінарне провадження», проте не визначено його змісту.

Національне законодавство виходить з того, що при притягненні особи до дисциплінарної відповідальності йдеться насамперед про процедуру, яка має певні стадії. Такий підхід збігається з поширеним у науковій юридичній доктрині терміном «процедура».

В. Г. Перепелюк ознаками процедури як певної сукупності дій вказує: 1) її зорієнтованість на досягнення певного юридично значущого результату; 2) те, що вона складається з послідовно змінюваних один одного актів поведінки; 3) ієрархічну побудову процедури; 4) те, що вона виступає засобом досягнення основних правовідносин. Це означає, що суспільні відносини мають завершуватися юридично значущим результатом, а важливою ознакою процедури є її нормативна визначеність¹.

Дисциплінарна відповідальність не може бути реалізована в кожному конкретному випадку без відповідної правозастосовної діяльності, яка спрямована на встановлення події проступку та його суб'єктів, забезпечує збір необхідних матеріалів та доказів, їх перевірку і, нарешті, визначає відповідність юридичної і фактичної підстав відповідальності (наявність складу проступку в конкретному діянні) і спосіб реагування на проступок.

Важливо, що чинний Закон України «Про державну службу» № 889, на відміну від Закону 1993 року, визначає окремі стадії дисциплінарного провадження, які характеризуються відповідним суб'єктним складом, строками, доказами та рішеннями, тобто дисциплінарному провадженню властива стадійність. Однією із стадій, приміром є порушення дисциплінарного провадження щодо державного службовця.

Аби розпочалася процедура (стадія) службового розслідування, потрібні, щонайменше, нормативно визначені підстави і приводи для проведення службового розслідування. Їх визначення сприятиме принципу доцільності покарання. Безумовне застосування суворого покарання у вигляді звільнення з посади за «порушення присяги» без з'ясування у передбаченій законом формі підстав для його застосування, виглядатиме радше як самоціль, а юридична відповідальність буде покликана «компенсувати», «запобігати», а відтак уже «карати». Якщо підстави проведення службового розслідування більш-менш визначені нормативно, то про приводи не згадується ніде, вони практично не були предметом наукових досліджень у спеціальній літературі і не підлягали правовій регламентації.

Основними приводами до порушення дисциплінарного провадження стосовно державних службовців є: безпосереднє виявлення проступку суб'єктом дисциплінарної влади; скарги, заяви та інші повідомлення державних органів, органів місцевого самоврядування, громадських організацій, установ, підприємств та організацій різних форм власності, посадових осіб, а також окремих громадян; повідомлення, опубліковані в пресі та інших засобах масової інформації (радіо, телебачення); заява особи про скоєний нею дисциплінарний проступок або інше порушення, за яке можуть бути вжиті заходи дисциплінарної відповідальності; акти перевірок і ревізій уповноважених органів.

Водночас вкрай важливими гарантіями державного службовця під час звільнення є закріплення у ст. 71 Закону № 889 прав держслужбовця під час службового розслідування, а саме: 1) надавати пояснення, а також відповідні документи та матеріали щодо обставин, які досліджуються; 2) порушувати клопотання про одержання і залучення до матеріалів нових документів, одержання додаткових пояснень осіб, які причетні до справи; 3) бути присутнім під час виконання відповідних заходів; 4) подавати в установленому порядку скарги на дії осіб, які проводять службове розслідування.

Наділений певними правами й інший учасник цих відносин – особи, які проводять службове розслідування, мають право: 1) одержувати пояснення від державного службовця, стосовно якого проводиться службове розслідування, та від інших осіб щодо обставин справи; 2) одержувати у підрозділах державного органу чи за запитом в інших органах необхідні документи або їх копії та долучати до матеріалів справи; 3) одержувати консультації відповідних спеціалістів з питань, що стосуються службового розслідування.

Незрозумілою видається позиція законодавця, який до переліку прав осіб, які проводять службове розслідування, зараховує право одержувати від державного службовця пояснення, не визнаючи його

¹ Перепелюк В. Г. Конституційні процедури. Державно-процесуальне право: навч. посіб. Чернівці: Рута, 2004. С. 9.

юридичним обов'язком, що кореспондує праву державного службовця надавати відповідні пояснення. З іншого боку, ст. 75 Закону № 889 передбачає, що перед накладенням дисциплінарного стягнення суб'єкт призначення повинен отримати від державного службовця, який притягається до дисциплінарної відповідальності, письмове пояснення; відмова надати пояснення оформляється відповідним актом і підтверджується двома державними службовцями. Відмова надати пояснення не перешкоджає здійсненню дисциплінарного провадження та накладенню на державного службовця дисциплінарного стягнення. Із цього зрозумілим стає лише те, що варто відмежовувати пояснення, які може надавати держслужбовець дисциплінарній комісії в довільній формі, та пояснення, які він надає суб'єктові призначення після того, як дисциплінарна комісія розгляне дисциплінарну справу, за результатами розгляду якої вона скеровує суб'єктові призначення подання (пропозиції).

Значним досягненням нового Закону України «Про державну службу» № 889 є вказівка на право державного службовця користуватися правовою допомогою адвоката або іншого уповноваженого ним представника, можливість залучення до участі у проведенні службового розслідування суб'єктом призначення за поданням дисциплінарної комісії, центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері державної служби, відповідних фахівців.

Варто виділити ще одну гарантію прав службовця на цій стадії, що забезпечує його право на правомірне звільнення з держслужби за «порушення присяги». Йдеться про те, що Закон № 889 не зводить роль органів, які проводять службове розслідування, суто до формальної участі, передбачивши їхню персональну відповідальність за неповноту й необ'єктивність зроблених висновків та за розголошення інформації щодо службового розслідування. Щоправда, не вказано, до якого виду відповідальності в такому разі притягуються винні особи.

Резюмуючи наведене, треба з певним застереженням наголосити, що розглядуваний нами етап дисциплінарного провадження не є єдиною і безумовною гарантією, що може забезпечити правомірне припинення державної служби внаслідок «порушення присяги». Така добре спрацьовуватиме на практиці, якщо перед тим будуть належно сформульовані і нормативно визначені законом діяння (дії, бездіяльність), під якими варто розуміти «порушення присяги», як дисциплінарний проступок, вироблені керівні принципи та практики, які визначали б послідовне та обмежувальне тлумачення «порушення присяги», визначені взаємні права та обов'язки всіх учасників цього етапу, розроблені юридичні захисні механізми, що убезпечать від непередбачуваності наслідків застосування відповідних положень національного законодавства.

Ця проблема впливає зі судової практики. Так, 30 грудня 2011 року Державна митна служба України своїм наказом припинила перебування ОСОБИ_1 на державній службі в митних органах відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 30 ЗУ «Про державну службу» № 889 за порушення присяги. Митниця Наказом від 26.12.2011 призначила проведення службової перевірки для з'ясування обставин вчинення ОСОБОЮ_1 протиправних дій для встановлення факту скоєння протиправних дій стосовно колег, які полягали в завданні тілесних ушкоджень. Згідно із цим наказом, для всебічної та об'єктивної перевірки обставин вчинення ОСОБОЮ_1 у робочий час протиправних дій (завдання тілесних ушкоджень головному інспекторові на корпоративній вечірці) та невчасного інформування керівниками відповідних структурних підрозділів керівництва митниці призначено проведення службової перевірки вказаних обставин.

Згодом Окружний суд міста Києва залишив без змін ухвали Київського апеляційного адміністративного суду від 01.11.2012, Вищого адміністративного суду України від 30.09.2014, тобто позивачеві було відмовлено в задоволенні позову та встановлено, що ОСОБА_1 в позаробочий час у приміщенні ресторану на корпоративній вечірці, грубо порушуючи громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалось особливою зухвалістю, вчинив протиправні дії, завдав тілесні ушкодження головному інспекторові МП «Східний термінал», тобто скоїв проступок, який негативно вплинув на репутацію Держмитслужби, дискредитує Митницю, ганьбить репутацію державного службовця та є несумісним з подальшим перебуванням на державній службі. І Верховний Суд України, переглянувши судові рішення, підтвердив у Рішенні від 03.02.2015 правильність висновків Вищого адміністративного суду України.

Як бачимо, навіть забезпечення особі права на проведення службового розслідування не завжди є гарантією того, що вчинені діяння будуть кваліфіковані як «порушення присяги» правильно і справедливо. Ми дозволимо собі не зовсім погодитися з думкою судів у вказаній справі. Вважаємо, що в цьому випадку передусім має місце вчинення іншого проступку (адміністративного чи навіть кримінального), не пов'язаного з дисциплінарним проступком – порушенням присяги. Тому не можна порушувати питання про конкуренцію видів юридичної відповідальності. Очевидно, що посадова особа митної служби вчинила різні правопорушення (побиття і порушення службової дисципліни), відповідальність за які збіглася в часі.

Висновки. Отож можна зробити висновок, що припинення державної служби за порушення присяги є найсуворішим видом дисциплінарного стягнення, що може бути застосовано до державного службовця, який вчинив діяння, несумісне з посадою. Тому рівень юридичних гарантій захисту прав особи в процедурах вирішення питань застосування такої відповідальності повинен бути не меншим, ніж під час звільнення за вчинення інших дисциплінарних проступків з дотриманням строків притягнення до дисциплінарної відповідальності. Передумовою звільнення держслужбовця за вчинення дисциплінарного проступку,

пов'язаного із здійсненням службової дисципліни, з підстави припинення держслужби за порушення присяги, мають бути порушення, встановлені внаслідок ретельного службового розслідування.

Анотація.

У статті досліджено інститут присяги, проаналізовано питання юридичних гарантій державних службовців у випадку звільнення на підставі «порушення присяги». Наголошено, що виокремлення спеціальних правових гарантій державного службовця під час звільнення зі служби за кожною підставою окремо, зокрема й щодо «порушення присяги», не є доцільним, оскільки юридичні гарантії службово-трудової діяльності не варто відокремлювати, ні, тим більше, протиставляти іншим видам гарантій чи створювати їх для кожної підстави окремо. Зазначено, що роль і значення юридичних гарантій під час звільнення з державної служби можна правильно зрозуміти й оцінити, аналізуючи їх у нерозривній єдності з іншими гарантіями, що виникають у зв'язку зі звільненням зі служби, розглядаючи їх як частину єдиного цілого. Акцентовано, що кожний із видів гарантій під час припинення служби по-своєму важливий, і тільки в комплексі вони можуть забезпечити повну і всебічну реалізацію прав, свобод, обов'язків і законних інтересів державних службовців. Зроблено висновок, що припинення державної служби за порушення присяги є найсуворішим видом дисциплінарного стягнення, що може бути застосовано до державного службовця, який вчинив діяння, несумісне з посадою. Тому рівень юридичних гарантій захисту прав особи в процедурах вирішення питань застосування такої відповідальності повинен бути не меншим, ніж під час звільнення за вчинення інших дисциплінарних проступків з дотриманням строків притягнення до дисциплінарної відповідальності.

Summary.

The article examines the institution of the oath, analyzes the issue of legal guarantees for public servants in case of dismissal on the grounds of oath-breaking. It is emphasized that it is not appropriate to distinguish specific legal guarantees for a civil servant in the dismissal on each particular ground, including oath-breaking, as legal guarantees of employment should not be separated, nor let alone opposed to other types of guarantees or created for each particular ground. It is noted that the role and significance of legal guarantees in the dismissal from public service can be properly understood and assessed by analyzing them in inseparable unity with other guarantees arising from dismissal, considering them as part of the single whole. It is emphasized that each of the types of guarantees in the termination of public service is important in its own way, and only as a single set they can ensure the full and comprehensive realization of the rights, freedoms, duties, and legitimate interests of public servants. It is concluded that the termination of public service for oath-breaking is the gravest disciplinary sanction that can be applied to a public servant having committed an act incompatible with his position. Therefore, the legal guarantees for the protection of individual rights in the procedures for deciding upon the application of such liability should not be less than in the dismissal for other disciplinary offenses in compliance with the terms of disciplinary liability.

References:

1. Державна служба: підручник у 2 т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; редкол.: Ю. В. Ковбасюк (голова), О. Ю. Оболенський (заст. голови), С. М. Серьогін (заст. голови) [та ін.]. Київ: НАДУ; Одеса: [б. в.], 2013. Т. 2. 348 с.
2. Джепа Ю. А. Юридичні гарантії права на працю при припиненні трудових правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Луганськ, 2009. 22 с.
3. Загальна теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл. / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачовата ін.; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2002. 432 с.
4. Кузьменко Н. А. Адміністративно-процесуальні гарантії прав та законних інтересів публічних службовців: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2016. 197 с.
5. Перепелюк В. Г. Конституційні процедури. Державно-процесуальне право: навч. посіб. Чернівці: Рута, 2004. 350 с.
6. Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 № 889-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text> (дата звернення: 20.11.2020).
7. Солдатова В. Д. Сутність та загальна характеристика юридичних гарантій законності в адміністративній діяльності ОВС України. *Форум права*. 2010. № 4. С. 846–852. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10c-vddou.pdf> (дата звернення: 20.11.2020).
8. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін. Київ: Укр. Енцикл., 1998. Т. 1: А-Г. 672 с.

Kravchuk Ostop,

*Shevchenkivskiyi Police Department of the Directorate General of the National Police of Ukraine in Lviv Oblast,
Detective of Criminal Police Sector, Police Captain
ORCID 0000-0002-6189-5931*

On the problematic issues of criminal qualification of consequences in the form of negligent infliction of death of a person during the performance of professional activities by medical workers

Щодо проблемних питань кримінально-правової кваліфікації наслідків у вигляді необережного заподіяння смерті особи під час здійснення своєї професійної діяльності медичними працівниками

Lutskyi Taras

Key words:

criminal offense; qualification; careless infliction of death on a person; consequence; criminal liability.

Ключові слова:

кримінальне правопорушення; кваліфікація; необережне заподіяння смерті особі; наслідок; кримінальна відповідальність.

Постановка проблеми. Проблема відокремлення кримінальних правопорушень із суміжними складами, актуальна не лише в площині теорії, а й на практиці, адже розмежування суміжних складів кримінальних правопорушень – це зворотній бік кваліфікації.

Сьогодні в Україні відбуваються активні зміни і реформи, які повинні стати підґрунтям для швидкої Євроінтеграції нашої країни, наразі проблема реформування медичної сфери та порядок притягнення медичних працівників до кримінальної відповідальності за неналежне виконання ними своїх професійних обов'язків є доволі актуальною. Існує багато прогалин у кримінальному та медичному законодавстві, які необхідно усунути для того, аби медичні працівники, чий некомпетентні діяння спричинили смерть потерпілої особи, понесли справедливу міру покарання.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання, пов'язані із вчиненням кримінальних правопорушень, що мають своїм наслідком необережне заподіяння смерті особі, останніми роками досліджуються такими українськими та зарубіжними вченими як О. В. Гороховська, Л.П. Брич, П.Й. Кузьмінський, І.Я. Сенюта, О.С. Парамонова, І.М. Філь, Ю.С. Соловей, В. О. Навроцький, М.І. Хавронюк, та інші вчені.

Метою статті є висвітлення окремих проблемних питань кримінально-правової кваліфікації необережного заподіяння смерті особі в ході неналежного виконання професійних обов'язків медичними працівниками, на прикладах судової практики.

Виклад основного матеріалу. Питання кваліфікації діянь, наслідком в яких є необережне заподіяння смерті іншій особі та їх розмежування (диференціація), а також розміщення законодавцем в Особливій частині КК України значної кількості статей, в яких життя людини виступає основним безпосереднім або додатковим обов'язковим об'єктом викликають певні проблеми.

Тому наукове осмислення проблем, що виникають під час кримінально-правової характеристики складів злочинів, де основним безпосереднім об'єктом або обов'язковим додатковим об'єктом виступають суспільні відносини, що забезпечують життя людини та наслідком яких є необережне заподіяння смерті іншій особі видається актуальним та необхідним.

Формою державного захисту життя та особистої недоторканності людини є встановлення кримінальної відповідальності за злочини проти життя і здоров'я. Обов'язок держави - захищати життя людини. Кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань. Кримінальне законодавство охороняє життя людини незалежно від її статусу та становища в суспільстві.

Особливої уваги заслуговують кримінальні правопорушення, що вчиняються медичними працівниками. Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником унаслідок

док недбалого чи несумлінного до них ставлення за КК України 1960 року кваліфікувалося відповідно як необережне вбивство або необережне заподіяння тяжких чи середньої тяжкості тілесних ушкоджень. Таким чином ступінь тяжкості суспільно небезпечних діянь по різному оцінювалася законодавцем.

Станом на сьогоднішній день законодавцем наслідки у вигляді тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень і смерті санкцією статті 140 КК України зрівнялися, що не дозволяє справедливо визначити міру покарання винному. Одночасно, законодавець зберіг розмежування за тяжкістю наслідків у юридичних конструкціях вбивства через необережність (ст.119) та необережного тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження (ст. 128), що в свою чергу, свідчить про те, що законодавцем не забезпечується точність при тлумаченні та при застосуванні кримінального закону, зокрема при тлумаченні наслідків у вигляді необережного заподіяння смерті особі.

В Україні основним нормативно-правовим актом, який регламентує процес надання медичної допомоги, є Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я». У ньому вказано, що медична допомога – це діяльність професійно підготовлених медичних працівників, спрямована на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами.¹

Діяльність медичних працівників визначається як робота з підвищеним рівнем відповідальності, адже від прийнятих ними рішень та дій залежить життя людини, яка звернулася за медичною допомогою.

Причинами неналежного виконання чи невиконання медичним або фармацевтичним працівником службових обов'язків є насамперед:

- Недостатня фахова обізнаність працівників, яка бере свій початок ще від моменту неналежного навчання в медичних закладах;
- Зв'язки та «купівля робочого місця» під час прийняття на роботу;
- Неналежне та недбале виконання професійних обов'язків, що у свою чергу порушує норми трудового законодавства;
- Неправильна організація надання медичної допомоги;
- Велика завантаженість роботою; – Відсутність дотримання основних стандартів у сфері охорони здоров'я, котрі регламентовані законодавством;
- Формальне ставлення до пацієнта в залежності від його матеріального становлення.²

Час від часу трапляються випадки, коли людина вимушена звертатися в медичні заклади для лікування, проте, через халатність порушується право людини на охорону здоров'я, а також основне – право на життя. Непоправні дії лікарів приводять до летальних наслідків, і тут важливо, аби винні особи були притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення.

Тому, під поняттям «неналежне виконання професійних обов'язків» слід розуміти ситуацію, коли медичний працівник виконує свої обов'язки не в повному обсязі, недбало, поверхнево, не так, як цього вимагають інтереси його професійної діяльності.

Порівнюючи норму, передбачену ст. 119 КК (що є загальною), і норми спеціальні, передбачені статтями 139, 140, 141 КК України, нескладно помітити, що більш сувора відповідальність встановлена саме за вбивство через необережність. Очевидно, мало б бути навпаки, оскільки йдеться про кримінально-протиправні діяння спеціального суб'єкта. Можливо, саме тому у ст. 140 КК України не згадується про смерть хворого. І домислювати протилежне, мабуть, не слід. Насправді, тяжкі наслідки – це, зокрема, і смерть потерпілого, а посилання науковців на співвідношення санкцій, являється вимушеним заходом у ситуації, коли законодавець фактично створив привілейований склад кримінального правопорушення у випадку заподіяння смерті пацієнта в результаті неналежного виконання своїх професійних обов'язків. Разом із тим формулювання «тяжкі наслідки» є оціночним поняттям, яке не може мати універсального значення стосовно складів усіх кримінальних правопорушень. Відповідно до правової позиції ЄСПЛ, викладеної у пункті 58 рішення у справі «Броуган та інші проти Сполученого Королівства» (№ 10/1987/133/184-187 від 28 жовтня 1988 року), зміст оціночної ознаки має встановлюватись у контексті предмета і мети відповідної статті закону. Тому зміст поняття «тяжкі наслідки» необхідно встановлювати у контексті предмета і мети нормативно-правового припису, звертаючись до інших норм, закріплених у розділі II КК України «Кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи».

Натомість, А.О. Байда стосовно складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 138 КК України «Незаконна лікувальна діяльність», пише, що «порівняльний аналіз санкцій статей 119 і 138 КК не дозволяє вважати, що в чинній редакції статті 138 КК, настання смерті внаслідок незаконної лікувальної діяльності охоплюється ознаками цього злочину».³

¹ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12> (дата звернення: 01.12.2020).

² Сенюта І.Я. Дефекти надання медичної допомоги: поняття і види. Медичне право. 2017. № 1. С. 55–66.

³ Байда А.О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец.: 12.00.08. Харків, 2006. С. 10.

На думку Л.П. Брич, у складах злочинів, конструкція яких поряд із тяжкими наслідками не включає загибель людей, або інше формулювання, яке б прямо вказувало на смерть кількох осіб, як наслідок відповідного злочину, якщо санкція цієї статті (частини статті) Особливої частини КК є менш суворою за санкцію відповідних частин статті про вбивство через необережність (ст. 119 КК України), тяжкі наслідки не включають шкоду такого характеру, як смерть. Відповідно, тяжкі наслідки і смерть особи в таких складах злочинів не є спільними ознаками. Саме за цими ознаками між відповідними складами злочинів не може виникнути співвідношення таких, що є суміжними, чи передбаченими конкуруючими нормами. Ознакою, яка, хоч частково, але збігається за змістом у складах вбивства через необережність (ст. 119 КК України) з одного боку, і незаконної лікувальної діяльності (ст. 138 КК України), чи неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ч. 1 ст. 140 КК України), є суспільно-небезпечне діяння. Наявність спільної ознаки у складах злочинів вимагає встановити тип співвідношення між ними. Порівняльний аналіз цих складів злочинів дає підстави для висновку, що у потенційно існуючому між ними співвідношенні таким, що передбачений нормою про ціле, є склад вбивства через необережність, а нормою про частину – неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником чи незаконної лікувальної діяльності. Виходячи з наведених аргументів, незаконна лікувальна діяльність, чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків, що спричинило смерть одного потерпілого (хворого) повинно кваліфікуватись як вбивство через необережність за ч. 1 ст. 119 КК України.⁴

В свою чергу, думається, що, невиконання чи неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення, яке спричинило смерть людини, по суті, є необережним вбивством. За умови розуміння змісту тяжких наслідків як результату, що проявився у вигляді смерті потерпілого, можна зауважити, що ст. 119 КК України «Вбивство через необережність» і ст. 140 КК України «неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником» у цій частині будуть співвідноситися між собою відповідно як загальна і спеціальна норми, але аж ніяк як частина та ціле.

Однак, на практиці правоохоронні органи не завжди однаково кваліфікують діяння, в результаті яких настала смерть особи, де суб'єктом є медичний працівник.

Зокрема, Кіровоградський районний суд Кіровоградської області 28.07.2014 р. постановив вирок у кримінальному провадженні (справа № 390/960/13-к) по обвинуваченню лікаря Смілянської станції швидкої та невідкладної медичної допомоги, у вчиненні злочину, передбаченого ст. 140 ч. 1 КК України.⁵ Судом встановлено, що лікар вчинив неналежне виконання медичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого до них ставлення, що спричинило тяжкі наслідки для хворого. 29.10.2012 р. до гінекологічного відділення Олександрівської ЦРЛ поступила потерпіла зі скаргами на біль внизу живота. Після обстеження лікарі-гінекологи встановили, що хвора потребує негайного оперативного втручання для ушивання правого яєчника. Того ж дня, у приміщенні операційної кімнати реанімаційного відділення Олександрівської ЦРЛ за участю лікаря-анестезіолога та лікарів-гінекологів було розпочато оперативне втручання щодо хворої. Під час проведення наркозу лікар-анестезіолог ввів ендотрахіальну трубку в стравохід хворій, але не верифікував позицію ендотрахіальної трубки в дихальних шляхах, через що потерпіла померла. Згідно з висновком експертів № 126 від 25.01.2013 р., смерть настала від гострої легенево-серцевої недостатності, яка розвинулась внаслідок неправильно встановленої ендотрахіальної трубки (в стравохід). При цьому акушерсько-гінекологічна допомога потерпілій надана своєчасно та в повному обсязі, методика оперативного втручання, згідно зі встановленим діагнозом, обрана правильно та виконана вчасно. Смерть перебуває в прямому причинному зв'язку з неправильно встановленою інтубаційною трубкою лікарем-анестезіологом, який не верифікував позицію ендотрахіальної трубки в дихальних шляхах. Суд постановив визнати винним лікаря у вчиненні злочину, передбаченого ст. 140 ч. 1 КК України, та призначити покарання у формі позбавлення волі строком на 1 (один) рік 6 (шість) місяців.

Натомість, 29 жовтня 2019 року слідчим управлінням ГУНП у Хмельницькій області повідомлено про підозру лікарю-анестезіологу у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 119 КК України .6 01 березня 2017 року, всупереч посадовій інструкції, а саме маючи обов'язки здійснювати лише анестезіологічне забезпечення та не маючи відповідної кваліфікації для проведення планової класичної трахеостомії (відсутність спеціалізації), одноосібно (без залучення торакального хірурга, отоларинголога), передбачаючи можливість настання суспільно-небезпечних наслідків свого діяння у вигляді погіршення стану здоров'я хворої та її смерті, легковажно розраховуючи на їх відвернення, провів хворій оперативне втручання у вигляді планової класичної трахеостомії. Під час проведення зазначеного оперативного втручання лікар-анестезіолог допустив грубе порушення техніки її виконання, що полягало у невірній локалізації, колото-різано-

⁴ Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія / Л.П. Брич. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. С. 565.

⁵ Вирок Кіровоградського районного суду Кіровоградської області від 28.07.2014 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39922434>

⁶ Ухвала Хмельницького міськрайонного суду від 01.11.2019 року URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85667625>

му характері розрізів шкіри та трахеї, при цьому заподіяв гострим колюче-ріжучим предметом дві непередбачені технікою виконання оперативного втручання трахеостомії наскрізні рани правої бокової стінки трахеї, які проникають у клітковину верхнього середостіння, які є тяжкими тілесними ушкодженнями, що перебувають в прямому причинно-наслідковому зв'язку із настанням смерті.

Також, у судовій практиці мав місце випадок розгляду кримінального провадження, у якому дії медичного працівника були кваліфіковані за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ст. 138 та ч. 2 ст. 140 КК України, тобто як незаконна лікувальна діяльність та неналежне виконання медичним працівником професійних обов'язків, що спричинило тяжкі наслідки.¹

Зокрема, підсудна Г., будучи лікарем-стоматологом та головним лікарем, проводила планове консервативне лікування малолітньої потерпілої та за відсутності згоди батьків прийняла рішення про проведення термінової операції з видалення хворого зуба. Підсудна Г. з метою скорочення часу проведення операції, діючи всупереч існуючим даним медичної практики, провела аплікаційну анестезію (нанесення обезболюючої речовини на слизову ясен) 10-відсотковим лідокаїном, розраховуючи на свій досвід та фізичну допомогу медсестри, не передбачила реакції малолітньої потерпілої на фізичний біль, від якого дитина вигнулась та відкинула голову назад, внаслідок чого видалений зуб випав із щипців та потрапив до дихальних шляхів потерпілої, що призвело до механічної асфіксії, яка спричинила закриття дихальних шляхів стороннім тілом.

Після невдалих спроб видалити стороннє тіло з дихальних шляхів дитини Г. наказала медсестрі викликати швидку допомогу, не надавши інформації про потрапляння до дихальних шляхів малолітньої дитини стороннього тіла, внаслідок чого на місце виклику не була направлена бригада реаніматологів, а прибула чергова бригада швидкої медичної допомоги, яка не мала реанімаційного обладнання, що унеможливило проведення реанімаційних заходів. Також підсудна відмовилась від передання дитини бригаді швидкої допомоги, вчинила опір законним вимогам та діям лікаря швидкої допомоги, чим затягнула час та ускладнила надання кваліфікованої допомоги, намагаючись надати допомогу самостійно.

Після прибуття разом із потерпілою до лікарні, Г. відмовилась передати потерпілу бригаді реаніматологів, а самостійно понесла її до відділення анестезіології та інтенсивної терапії, що позбавило працівників лікарні можливості розпочати своєчасне надання необхідної медичної допомоги потерпілій, внаслідок чого настало повне закриття дихальних шляхів потерпілої стороннім тілом, що згідно з висновком судово-медичної експертизи спричинило механічну асфіксію, яка є причиною смерті потерпілої. На підставі викладеного суд зробив висновок про неналежне виконання медичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого до них ставлення, оскільки своїми діями Г. порушила вимоги статей 39 і 43 Закону України від 09 січня 1992 року № 2801- XII «Основи законодавства України про охорону здоров'я».

Крім цього, Г. не мала належної освіти для лікувальної діяльності у вигляді надання стоматологічної допомоги неповнолітнім і відповідно не мала права надавати останнім таку допомогу.

Вироком Броварського міськрайонного суду Київської області від 24 грудня 2013 року Г. засуджено за ст. 138, ч. 2 ст. 140 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки з позбавленням права працювати за спеціальністю «стоматологія» та обіймати посаду лікаря-стоматолога, строком на 2 роки. Відповідно до вимог статей 49, 74 КК України, Г. звільнено від призначеного основного та додаткового покарання у зв'язку із закінченням строків давності (справа № 11/780/241/14).

Зазначені судові рішення свідчать про неоднакове застосування кримінального закону та про проблеми кваліфікації діянь, наслідком в яких є необережне заподіяння смерті собі.

Висновки. Основними проблемними питаннями кримінально-правової кваліфікації наслідків у вигляді необережного заподіяння смерті особі в ході здійснення професійної діяльності медичними працівниками та притягнення винних до відповідальності є: 1) прогалини, як в кримінальному, так і в медичному законодавстві; 2) недостатня регламентація основних медичних та юридичних понять; 3) конкуренція кримінально-правових норм; 4) недостатня компетентність правоохоронних органів щодо кваліфікації діянь, що мають своїм наслідком необережне заподіяння смерті іншій особі.

Анотація.

У статті аналізуються випадки неналежного надання медичної допомоги. Автором відзначено, що кожна особа має непоушене, невід'ємне та природне право на охорону здоров'я та життя. У статті доведено, що дослідження кримінальної відповідальності медичних працівників за вчинення ними кримінальних правопорушень є актуальним науковим пошуком сьогодення.

Summary.

The article analyzes incidents of improper medical care. The author noted that every person has an inalienable and natural right to health and life. In the article it is proved that research of criminal responsibility of medical workers for committing their criminal offense is an actual scientific search of the present.

¹ Узагальнення ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику розгляду кримінальних проваджень щодо злочинів проти життя і здоров'я особи за 2014 рік». URL: <http://consultant.parus.ua/?doc=0A9QI5E51C>

References:

1. Байда А.О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец.: 12.00.08. Харків, 2006. 20 с.
2. Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. 712 с.
3. Вирок Кіровоградського районного суд Кіровоградської області від 28.07.2014 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39922434> (дата звернення: 02.12.2020).
4. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12> (дата звернення: 01.12.2020).
5. Сенюта І.Я. Дефекти надання медичної допомоги: поняття і види. Медичне право. 2017. № 1. С. 55–66.
6. Узагальнення ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про судову практику розгляду кримінальних проваджень щодо злочинів проти життя і здоров'я особи за 2014 рік». URL: <http://consultant.parus.ua/?doc=0A9QI5E51C>
7. Ухвала Хмельницького міськрайонного суду від 01.11.2019 року URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85667625> (дата звернення: 02.12.2020).

Lutskiy Taras,

*Adjunct at the Department of criminal law and criminology of
Lviv State University of Internal Affairs*

e-mail: taras.lu@ukr.net

ORCID ID: 0000-0002-1725-4029

Constitutional and legal fundamentals (fundamental principles) of decision-making by higher collegiate bodies of state power of Ukraine and their components

**Конституційно-правові засади (основоположні принципи)
ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної
влади України та їх складові**

Oleksii Liubchenko

Keywords:

constitutional and legal fundamentals (fundamental principles) of decision-making by higher collegiate bodies of state power of Ukraine, relative independence, equality, review of decisions by discussion, substantive and procedural components.

Ключові слова:

конституційно-правові засади (основоположні принципи) ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України, відносна незалежність, рівність, перевірка рішень дискусією, змістовна та процедурна складові.

Постановка проблеми. Процеси демократичної трансформації обумовили потребу підвищити ефективність політичної влади, реалізація якої здійснюється за допомогою ухвалення рішень. Зміни в суспільстві потребують прийняття органами державної влади максимально ефективних та оптимальних рішень.

Вважаємо за доцільне, більш чітко окреслити конституційно-правові засади прийняття рішень вищими колегіальними органами державної влади як предмет цього дослідження. Наша позиція, обумовлюється наступним. По-перше, принцип поділу влади, є невід'ємною ознакою демократичної держави, фундаментом функціонування органів державної влади й необхідною умовою гарантування з боку держави прав та свобод людини і громадянина¹. По-друге, державний режим як складова форми держави має визначальний вплив на процес ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади. В. Колісник відзначає, що можливість впливати на рішення публічних органів влади та визначати політичну долю посадових осіб, які здійснюють державне управління, є одним із критеріїв можливості побудови демократичного політичного режиму². Водночас конституційне право є одним із каналів проведення в життя демократичних реформ і утвердження демократичних інститутів, наголошує Ю. Барабаш³. Разом із тим, класифікації державних режимів⁴ підштовхують нас до третього, найбільш очевидного аргументу. У ст. 1 Основного Закону України закріплюється, що Україна є суверенною і незалежною, демократичною, правовою та соціальною державою. Ключовим питанням є утвердження України як демократичної держави, адже це уможливлує її подальше становлення як правової та соціальної⁵.

¹ Процюк І.В. Поділ державної влади в умовах різних форм державного правління: монографія. Х.: Право, 2012. С. 209.

² Демократичні засади організації і функціонування вищих органів державної влади України: монографія / Ю. Г. Барабаш, І. І. Дахова, О. П. Євсєєв та ін.; за заг. Ред. Ю. Г. Барабаша. Х.: Право, 2013. С. 122.

³ Демократичні засади організації і функціонування вищих органів державної влади України: монографія / Ю. Г. Барабаш, І. І. Дахова, О. П. Євсєєв та ін.; за заг. Ред. Ю. Г. Барабаша. Х.: Право, 2013. С. 5.

⁴ Зокрема, П. М. Рабінович поділяє сучасні державні режими на демократичні і тоталітарні. Див.: Рабінович П. П. Основи загальної теорії права та держави: Навч. Посібник. вид. 10-е, доповнене. Львів: Край, 2008. С. 76. Водночас інші автори традиційно залежно від рівня участі народу у здійсненні державної влади виділяють демократичні, авторитарні та тоталітарні державні режими. Див.: Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін.; за ред. О.В. Петришина. Х.: Право, 2014. С. 74-75.

⁵ Див. щодо цього, зокрема Петришин О.В. Демократичні основи правової, соціальної державності. Вісник Національної академії правових наук України. 2014. № 1 (76). С. 32 - 41.

Отже, **метою статті** є розгляд саме на демократичних засад як складової конституційно-правових засад ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України, що визначає сенс організації та діяльності органів публічної влади у сучасних демократичних суспільствах.

Виклад основного матеріалу. Насьогодні слід враховувати багатоаспектність такого феномену як демократія. К. Джанда наголошує, що існують дві основні школи політичної думки, які по-різному визначають, що таке демократія. Одна вважає, що демократія є формою правління, і фокусує увагу на процедурах, які дозволяють народу правити, – зборів для обговорення проблем, голосування на виборах, змагання кандидатів на зайняття державних посад. Інша школа бачить демократію в змісті політики держави, в свободі релігії і в забезпеченні потреб людини. Процедурний підхід сконцентрований на тому, як приймаються рішення; змістовний – на тому, що робить держава⁶.

О. Євсєєв зауважує, що специфіка конституційно-правових процедур полягає у тому, що всі вони покликані визначити найбільш доцільний порядок здійснення правотворчої, правозастосовної, установчої та контрольної діяльності в конституційній сфері регулювання суспільних відносин, тим самим сприяючи ефективному і справедливому досягненню результату, передбаченому відповідними матеріальними нормами конституційного права⁷. При цьому, сутність та спрямованість політики держави відіграє набагато більше значення, ніж процедури, за якими приймаються рішення. Так, К. Джанда наголошує, що більшість теоретиків змістовної демократії погоджуються, що основним її критерієм є забезпечення громадянських свобод та громадянських прав⁸.

Змістовна (субстантивна) демократія, загалом, зосереджується на дослідженні результату процесу прийняття рішень задля з'ясування, чи відповідає останній демократичній політиці держави. Цілком обґрунтовано відзначає Н. Боббіо, що природа демократичної системи не є чисто процедурною. Справа не в тому, що будь-яке рішення, прийняте з дотриманням певних процедур, наприклад у відповідності з принципом прийняття рішень більшістю, можна з однієї цієї причини назвати демократичним. Й. Шумпетер може привести випадки, в яких демократичні процедури дотримані, але їх дотримання все ж призводить до релігійного гноблення, прикладами чого є полювання на відьом або гоніння євреїв. Проте, Н. Боббіо очевидно виключає таку можливість⁹. На його думку, використання електоральної процедури або бездоганного з формальної точки зору прийняття парламентських рішень для придушення індивідуалістичних посилок представницької демократії ніяк не можна назвати демократичними. Класичний приклад цього – «демократичний» крах Веймарської республіки¹⁰.

Із точки зору процедурного підходу необхідно встановити, які засади втілює демократична процедура ухвалення рішення та яким вимогам має відповідати процедура прийняття рішення задля визнання її демократичною. О. Євсєєв, досліджуючи процедури у конституційному праві України зазначив, що конституційно-правові процедури спрямовані на регулювання відносин, що складаються в процесі організаційно-правових форм діяльності щодо застосування матеріальних норм конституційного права¹¹. Процедурна демократія окреслює питання як саме повинні прийматися рішення вищими колегіальними органами державної влади України. Так, за К. Джанда це такі питання як: хто має право брати участь у процесі прийняття рішення (коло суб'єктів)?; скільки має ваги голос кожного учасника?; скільки голосів необхідно для прийняття рішення¹²?

Важливо відзначити, що змістовна та процедурна демократія взаємодоповнюють одна одну та є різними сторонами єдиного явища. Наведені вище випадки порушень змістовної та/або процедурної складової демократичного ухвалення рішення свідчать про необхідність дослідження конституційно-правових засад ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України у світлі утвердження України як демократичної держави.

Вважаємо за доцільне окремо звернути увагу, що наразі у межах конституційного права існує значна кількість принципів, які спрямовують діяльність органів публічної влади на досягнення того чи іншого результату. Водночас, на наше переконання, основоположні принципи ухвалення рішень вищими колегіаль-

⁶ Джанда К., Берри Д.М., Голдман Д., Хула К.В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. С. 37.

⁷ Євсєєв О.П. Процедури в конституційному праві України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / О.П. Євсєєв ; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. Х., 2008. С. 8.

⁸ Джанда К., Берри Д.М., Голдман Д., Хула К.В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. С. 37.

⁹ Дзолло Д. Демократия и сложность: реалистический поход. пер. с англ. А. А. Калинина (предисл., гл. I-IV), Н. В. Эдельмана (гл. V, заключение), М. А. Юсима (предисл. к рус. изд.). М.: Издат. дом Гос. ун-та Высш. шк. экономики. 2010. С. 182.

¹⁰ Див.: Bobbio N. Il futuro della democrazia. Engl. transl. P. 64- 65.

¹¹ Євсєєв О.П. Процедури в конституційному праві України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / О.П. Євсєєв ; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. Х., 2008. с. 8.

¹² Джанда К., Берри Д.М., Голдман Д., Хула К.В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. С. 60.

ними органами державної влади України мають природно-правове походження, впливають із сутності конституціоналізму та міжнародних стандартів прав людини.

Вочевидь, у межах одного дослідження неможливо детально проаналізувати всі демократичні принципи, яким повинен відповідати процес ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади у країні з демократичними політичним режимом та формою правління, а тому варто зупинитися на дослідженні найбільш важливих серед них, які вважаємо за доцільне розглядати саме як конституційно-правові засади (основоположні принципи) ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України.

Так, на наше переконання, конституційно-правовими засадами (основоположними принципами), що найбільш повно та цілковито охоплюють процес прийняття рішень вищими колегіальними органами державної влади України, є відносна незалежність, рівність та перевірка рішень дискусією.

Ведучи мову про необхідність дослідження відносної незалежності як конституційно-правової засади ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади відзначимо, що діяльність таких органів ґрунтується, зокрема, на доктрині представницької демократії, працях її численних теоретиків, представників теорії елітарної демократії. Б. Манен вважає, що представництво відрізняє від правління народу не тільки делегування повноважень обмеженій кількості громадян і навіть не якісна перевага представників над тими, кого вони представляють; різниця між двома системами визначається також частковою незалежністю представників¹. При цьому останній наголошує, що у представницьких системах не дозволяються: імперативні мандати і дискреційний відгук представників². Дж. Сарторі звертає увагу, що представництво, по суті, складається з двох елементів: чуйності до потреб виборців і незалежної відповідальності³. За Дж. Сарторі «творці рішень [члени колегіальних органів] – незалежні, самокеровані індивіди, вільні виражати свою думку»⁴. Д. Гелд приходять до висновку, що досягнення незалежності, слід розуміти як утвердження прав і обов'язків демократичного права в організаційних статутах усіх організацій і об'єднань, що належать до сфер політики, економіки і громадянського суспільства⁵. Демократична правова держава, на його переконання, забезпечує політичну основу для розвитку спільної структури політичних дій. Парадоксально, що утвердження такої основи вимагає обмеження масштабу народного врядування: сферу народного суверенітету слід обмежити. Демос повинен урядувати, але в межах правового порядку, що водночас і надає повноважень, і обмежує. Саме в такому розумінні демократична незалежність займає проміжні позиції між суверенітетом держави і суверенітетом народу⁶.

Рівність як конституційно-правова засада ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади нерозривно пов'язана з однойменною цінністю. Рівність є однією із фундаментальних засад демократичного ладу. К. Джанда стверджує, що протягом всієї історії держава слугувала двом головним цілям: підтримання порядку (охорона життя і захист власності громадян) і надання суспільних благ. Пізніше деякі держави взяли на себе третю, більш спірну функцію: сприяння досягненню рівності⁷. За затвердженням рівності стоїть пошук компромісу базових цінностей. Державі доводиться встановлювати належне поєднання порядку, свободи і рівності при формуванні та проведенні своєї політики⁸. С. Шевчук відзначає, що принцип рівності належить до найвищих фундаментальних принципів конституційного рівня та входить до концепції верховенства права⁹. Ю. Тодика з цього приводу слушно зауважував, що з урахуванням особливої важливості принципу рівності для конституційного будівництва, є підстави вважати його не

¹ Манен Б. Принципы представительного правления / пер. с англ. Е. Н. Роцина ; науч. ред. О. В. Хархордин. СПб. : Изд.-во Европ. ун-та в Санкт-Петербурге, 2008. С. 208.

² Манен Б. Принципы представительного правления / пер. с англ. Е. Н. Роцина ; науч. ред. О. В. Хархордин. СПб. : Изд.-во Европ. ун-та в Санкт-Петербурге, 2008. С. 204.

³ Дж. Сарторі описує незалежну відповідальність як характерний елемент сучасного представництва (на відміну від середньовічної мандатної теорії представництва) у своїй статті, де й подає докладну аргументацію: Sartori G. Representational Systems // International Encyclopedia of the Social Sciences. Vol. 13. N. Y.: Macmillan and Free Press, 1968.

⁴ Джовані Сарторі. Теорія ухвалення рішень за демократії. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. К. : Смолоскип, 2005. С. 719.

⁵ Девід Гелд. Президентська система і парламентаризм. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. К. : Смолоскип, 2005. С. 1018.

⁶ Девід Гелд. Президентська система і парламентаризм. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. К. : Смолоскип, 2005. С. 997.

⁷ Джанда К., Берри Д.М., Голдман Д., Хула К.В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. С. 38.

⁸ Джанда К., Берри Д.М., Голдман Д., Хула К.В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. С. 43.

⁹ Шевчук С. Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу). *Вісник Акад. прав. наук України*. – 2005. №4 (43). С. 124-134.

лише принципом конституційно-правового статусу особи, а й засад конституційного ладу України¹⁰. Підсумовуючи наведені погляди вчених, можна стверджувати, що принцип рівності є тією «наскрізною» категорією, яка пронизує всі правові явища та процеси, лежить в основі всього механізму правового регулювання суспільних відносин та має винятково важливе й одночасно визначальне значення для ефективного функціонування системи демократичного врядування як засобу забезпечення довіри, досягнення компромісів та узгодження різних позицій між учасниками процесу ухвалення оптимальних рішень.

Перевірка рішень вищого колегіального органу державної влади дискусією є тісно пов'язаною із попередніми конституційно-правовими засадами ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади, відображаючи при цьому плюралістичний підхід до демократичного процесу ухвалення рішення. Вказаний основоположний принцип забезпечує дотримання прав кожного учасника цього процесу через можливість реалізувати свободу висловлювання, а у широкому розумінні – передбачає максимально можливе використання демократії участі. Ф. Петтіт у своїй роботі «Конституціоналізм і демократичне опротестування» виділяє дві можливі форми ухвалення державних рішень у світлі забезпечення народові основи для опротестувань. По-перше, ухвалення постанов на основі переговорів, коли різні зацікавлені групи намагаються укласти взаємоприйнятну угоду, причому кожна група намагається досягти угоди, яка вимагатиме від неї якомога менших поступок. По-друге, ухвалення рішень на основі дискусій, коли різні сторони намагаються дійти згоди, яке вирішення найкраще відповідатиме міркуванням, що їх усі вони визнають за слушні, причому одним з-поміж тих слушних міркувань є те, що вони справді повинні досягти угоди. У першому випадку вподобання визначені наперед, у другому – люди спільно визнають певні слушні міркування й рухаються до якогось узгодженого результату, тобто уподобання ще треба сформулювати¹¹. Автор приходять до висновку, що ми повинні прагнути, щоб державні рішення ухвалювалися на основі дискусій. Привабливість дискусійних опротестувань полягає у тому, що вони відкриті для кожного, хто може висунути вірогідний аргумент проти спрямованості схвалюваних державних рішень, на відміну від переговорних опротестувань, доступних лише для тих, хто має переговорну силу, щоб реально загрожувати іншим сторонам.

Органи державної влади України, ухвалюючи юридично обов'язкові рішення для всіх суб'єктів правовідносин у межах юрисдикції держави, не тільки врегульовують суспільні відносини, встановлюють їх зміст, а й впливають на приватну сферу відповідних суб'єктів, встановлюючи певні правила і рамки. Демократичні основи ухвалення рішень, при цьому, мають на увазі те, що існуючий зв'язок «орган державної влади – громадянин» є не односторонньою вертикальною ієрархічною системою, в якій громадянин не має можливості впливати на державу, а, навпаки, має на увазі можливий (і такий, що має вплив на органи державної влади) зворотній зв'язок (*feedback*) від громадянина. Ця теза знаходить ще більш фундаментальну аргументацію, як тільки ми пригадаємо норми ст. ст. 1, 3, 5 Конституції України, які наголошують на важливості кожної людини та її визначальному значенні для держави. Таким чином, первинність народного суверенітету і демократичні засади побудови владних органів передбачають наявність системи зворотного зв'язку між окремим громадянином, суспільством і державою, що проявляється у громадському контролі, який породжує дискусію між зазначеними суб'єктами з приводу текстуального і контекстуального змісту проектів рішень та вже прийнятих рішень вищих колегіальних органів державної влади.

Кожна з конституційно-правових засад ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України має змістовну та процедурну складові. Змістова складова основоположного принципу прийняття рішень вищими колегіальними органами державної влади України передбачає, що таке рішення за своїм змістом і результатом повинне забезпечувати демократію у найбільш широкому розумінні, верховенство права, права людини через забезпечення ухвалення ефективних та оптимальних рішень. Процедурна складова конституційно-правової засади ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України має свої зовнішній та внутрішній прояви, що розглядаються з точки зору взаємодії колегіального органу з іншими суб'єктами та, відповідно, всередині колегіального органу між його членами. Вказані складові лише у своїй взаємодії уособлюють основоположний принцип ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади. Таким чином, вважаємо за необхідне розглядати відносну незалежність, рівність та перевірку рішень дискусією як конституційно-правові засади ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України через призму змістовної та процедурної демократії.

Варто відзначити, що К. Джанда тяжіє до процедурної концепції демократії, тому що вона ближче до класичного визначення демократії як «правління народу» та спирається на чітко встановлені правила прийняття рішень. Але ця теорія має серйозний недолік: вона дозволяє демократично обраному уряду проводити політику, яка порушує змістовні принципи демократії. З цього випливає, що чисто процедурна демократія повинна бути підкорегована таким чином, щоб гарантії прав меншин і громадянських свобод

¹⁰ Тодыка Ю.Н. Основы конституционного строя Украины [Текст] / Ю. Н. Тодыка ; АПН Украины, Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого. - Х. : Факт, 1999. - С.117.

¹¹ Див.: Петтіт Ф. Конституціоналізм і демократичне опротестування. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. К. : Смолоскип, 2005. С. 450.

були інкорпоровані в систему правління¹. Схожу позицію висловлює В. Речицький, який наголошує, що конституціоналізм вимагає не стільки матеріальних, скільки процесуальних гарантій для досягнення своїх основних цілей².

Отже, оскільки вимоги процедурної демократії є більш конкретизованими, вважаємо за доцільне з'ясувати їх у подальшому з точки зору ухвалення рішень вищими колегіальними органами України. При цьому маємо пам'ятати про необхідність дотримання безспірної складової змістовної демократії – гарантування державою громадянських прав і свобод. Такий компроміс (між процедурною та змістовною складовими демократії), на наше переконання, є втіленням правила «золотої середини» і дає підстави характеризувати державу в аспекті ухвалення рішень її вищими колегіальними органами як демократичну.

Висновки. Запропоновано розглядати відносну незалежність, рівність та перевірку рішень дискусією як конституційно-правові засади (основоположні принципи), які найбільш повно та цілком охоплюють процес прийняття рішень вищими колегіальними органами державної влади України. Проведене дослідження дозволило визначити, що кожна конституційно-правова засада ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України має змістовну та процедурну складові. Обґрунтовано, що *змістовна складова* основоположного принципу прийняття рішень вищими колегіальними органами державної влади України передбачає, що таке рішення за своїм змістом і результатом повинне забезпечувати демократію у найбільш широкому розумінні, верховенство права, права людини через забезпечення ухвалення ефективних та оптимальних рішень. Визначено, що *процедурна складова* конституційно-правової засади ухвалення рішень вищими колегіальними органами державної влади України має свої зовнішній та внутрішній прояви, що розглядаються з точки зору взаємодії колегіального органу з іншими суб'єктами та всередині колегіального органу між його членами відповідно.

Анотація.

Мета автора окреслити у статті конституційно-правові засади прийняття рішень вищими колегіальними органами державної влади України та визначити їх складові. Для досягнення цієї мети, а також з урахуванням специфіки теми, актуальними стали такі методи дослідження: завдяки формально-логічному методу визначено конституційно-правові засади (основоположні принципи) ухвалення рішень; метод синтезу дав змогу виділити компоненти конституційно-правових засад ухвалення рішень; історико-правовий метод дозволив проаналізувати становлення та розвиток поглядів на демократичні засади прийняття рішень; діалектичний метод був застосований у межах аналізу змістовної та процедурної демократії, які взаємодоповнюють одна одну та є різними сторонами єдиного явища, що забезпечує ухвалення найбільш ефективних та оптимальних рішень органами публічної влади.

Abstract.

The aim the author is to outline in article the constitutional and legal fundamentals (fundamental principles) of decision-making by higher collegiate bodies of state power of Ukraine and determine their components. To achieve this goal, as well as taking into account the specifics of the topic, the following research methods became relevant: due to the formal-legal method, the constitutional and legal principles (fundamental principles) of decision-making have been determined; the method of synthesis made it possible to identify components of the constitutional and legal principles (fundamental principles) of decision-making; historical method allowed to analyse the formation and development of views on democratic principles of decision-making; the dialectical method was used for analysing the substantive and the procedural democracy, which complement each other and are different aspects of a single phenomenon that ensures the making of the most effective and optimal decisions by public authorities.

References:

1. Процюк І.В. Поділ державної влади в умовах різних форм державного правління: монографія. Х.: Право. 2012. 584 с.
2. Демократичні засади організації і функціонування вищих органів державної влади України: монографія / Ю. Г. Барабаш, І. І. Дахова, О. П. Євсєєв та ін.; за заг. Ред. Ю. Г. Барабаша. Х. : Право, 2013. 272 с.
3. Рабінович П. П. Основи загальної теорії права та держави: Навч. Посібник. вид. 10-е, доповнене. Львів: Край, 2008. 224 с.; Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін.; за ред. О.В. Петришина. Х.: Право, 2014. 368 с.
4. Петришин О.В. Демократичні основи правової, соціальної державності. Вісник Національної академії правових наук України. 2014. № 1 (76). С. 32 - 41.

¹ Джанда К., Берри Д.М., Голдман Д., Хула К.В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. С. 64.

² Речицький В. Абетка демократії: філософія конституційного права. 2015. URL: <http://khp.org/index.php?id=1448029311&w=%D1%80%D0%B5%D1%87%D0%B8%D1%86%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9>

5. Євсєєв О.П. Процедури в конституційному праві України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / О.П. Євсєєв ; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. Х., 2008. 19 с. укр.
6. Дзоло Д. Демократия и сложность: реалистический поход. пер. с англ. А. А. Калинина (предисл., гл. I-IV), Н. В. Эдельмана (гл. V, заключение), М. А. Юсима (предисл. к рус. изд.). М. : Издат. дом Гос. ун-та Высш. шк. экономики. 2010. 320 с.
7. Bobbio N. Il futuro della democrazia. Engl. transl. P. 64- 65.
8. Джанда К., Берри Д.М., Голдман Д., Хула К.В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2006. 656 с.
9. Манен Б. Принципы представительного правления / пер. с англ. Е. Н. Рощина ; науч. ред. О. В. Хархордин. СПб. : Изд.-во Европ. ун-та в Санкт-Петербурге, 2008. 343 с.
10. Sartori G. Representational Systems // International Encyclopedia of the Social Sciences. Vol. 13. N. Y.: Macmillan and Free Press, 1968.
11. Джовані Сарторі. Теорія ухвалення рішень за демократії. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. К. : Смолоскип, 2005. С. 716-750.
12. Девід Гелд. Президентська система і парламентаризм. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. К. : Смолоскип, 2005. С. 985-1024.
13. Шевчук С. Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу). Вісник Акад. прав. наук України. – 2005. №4 (43). С. 124-134.
14. Тодыка Ю.Н. Основы конституционного строя Украины [Текст] / Ю. Н. Тодыка ; АПН Украины, Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого. - Х. : Факт, 1999. - 319 с.
15. Петтіт Ф. Конституціоналізм і демократичне опротестування. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. К. : Смолоскип, 2005. С. 450.
16. Речицький В. Абетка демократії: філософія конституційного права. 2015. URL: <http://khp.org/index.php?id=1448029311&w=%D1%80%D0%B5%D1%87%D0%B8%D1%86%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9>

Oleksii Liubchenko

Assistant of Constitutional, Administrative, Environmental and Labor Law Department, Poltava Law Institute of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine.

ORCID: 0000-0002-8068-5665

Countering illegal activities of the defender: the function of the prosecutor in the criminal proceedings

Nyzhnyk Hryhorii

Key words:

criminal proceedings, legal nature, lawyer, prosecutor, illegal activity, crime.

Formulation of the problem. The building and further development of the law-governed state and the democratic society require the creation and strengthening of guarantees of the protection of human rights and freedoms, and the necessary condition for this purpose is to provide a mechanism for the functioning of such specific democratic institute, which is represented by a lawyer. The growth of the role of advocacy in the modern legal system should be considered as one way to restrict the state of its power through the creation and functioning of an independent human rights institution that promotes the implementation and protection of human rights and freedoms¹.

The one-sidedness of activities of the lawyer serves as a certain guarantee of the protection of the rights of the individual and the establishment of objective truth in the criminal proceedings, but it should be noted that in the course of such activity the counsel must remain absolutely law-compliant and exercise his/her powers solely within the limits and in the manner prescribed by law. The involvement of a lawyer in criminal proceedings contributes to the objectivity of the results obtained, allows us to comprehensively assess the evidence presented by the prosecution, contributes to the formation of a critical conclusion regarding the involvement of a person in the commission of a crime, and in some cases, and conviction of his/her innocence.

Review of Recent Research and Publications. Separate problems of counteracting illegal activity of parties in criminal proceedings have been considered in their works by such authors as V.M. Volzhenkina L.A. Voskobitova, V.H. Honcharenko, Yu.M. Hroshevyi, V.H. Husiev, Yu.M. Domin, O.V. Yeni, A.V. Kudriavtseva, V.L. Kudriavtsev, O.D. Kuznetsova, O.P. Kuchynska, V.A. Lazarieva, I.N. Lukianov, L.I. Malakhov, L.P. Mykhailov, V.T. Nor, A.V. Smyrnov, A.A. Senkov, M.Ye. Shumylo, etc. Unfortunately, much less research is specifically devoted to the issue of the illegal activity of a lawyer in the criminal proceedings. Despite the relevancy of the problem, the issue of illegal activity of the lawyer at the monographic level has been recently investigated only by Yu.P. Hrmaiev and Ya.P. Zeikan.

Formulation of the problem. The purpose of the article is to investigate into the theoretical and practical aspects of the lawyer's misconduct in criminal proceedings, to defend his/her position regarding the need for additional formalization of the powers of the lawyer in criminal proceedings and the determination of the counteraction to the lawyer's illegal activity by the prosecutor's function in criminal proceedings.

Presentation of the main research material. In recent years, the domestic institute for the protection of the rights of persons in criminal proceedings has been actively changing and improving along with the development of criminal procedural legislation through the introduction of modern normative regulation of the defense function in criminal proceedings.

The general legal content of the criminal procedural functions is determined by the Constitution of Ukraine. More detailed regulation of the content of the criminal procedural functions is manifested in Article 2 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which states that: "The objectives of criminal procedure are the protection of individuals, society and the state from criminal offence, the protection of rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings, as well as the insurance of quick, comprehensive and impartial investigation and trial in order that everyone who committed a criminal offence were prosecuted in proportion to his guilt, no one innocent were accused or convicted, and no one were subjected to ungrounded procedural compulsion and that an appropriate legal procedure applied to each party to criminal proceedings". As defined in the the Criminal Procedure Code of Ukraine, the tasks of criminal proceedings form the idea that the domestic criminal procedure has various forms of ensuring their implementation, i.e. the functions inherent in the court, prosecutor, investigator or inquiry authority. For the purpose of solving the problems of criminal proceedings, each of them is endowed with individual tools, carries out specific powers in a manner regulated by law. In addition, other process participants (such as suspects, accused, victim) have their own motives and goals that are pre-determined by the specifics of their interests in criminal proceedings. It is the focus of procedural activity

¹ Vilchik T. B. Constitutional Right to Legal Counsel in the countries of the European Union and in Ukraine: Monograph / T.B. Vilchik; Yaroslav Mudryi National Law University. - Kharkiv: Pravo, 2015. - p. 331

of the subjects and other participants in the criminal proceedings that the concept of criminal procedural functions are connected to.

At the modern stage of development of the legal thought, the scientific community has failed to achieve unity in the understanding of the concept and content of the criminal procedural function. A quite sharp controversy over the solution of this issue is ongoing today in scientific circles. Therefore, it is extremely relevant to get substantiated scientific conclusions on this subject both for the criminal proceedings, in particular, and for the theory of law as a whole^{2 3 4 5 6}. At the date, M.S. Strohonovych's statement has been the most favored among scholars. According to Strohonovych, "criminal-procedural functions are separate types, separate areas of criminal-procedural activity"⁷.

Most scholars perceive this definition as the starting point of their own research and, therefore, they essentially only improve and specify his position. For example, V.M. Savytskyi points out that the procedural function is a particular area, a specially separated party, a type of the criminalprocedural activity⁸.

I.V. Tyrychev emphasizes that this concept covers the types of activities of the subjects of the criminal proceedings, due to their role, goal or purpose of involvement in the case⁹. O.M. Larin is convinced that procedural functions in criminal proceedings are the types (components, parts) of the criminal procedural activities which differ in the specific, immediate goals reached in the outcome of proceedings¹⁰.

The opinion of the content of the investigated phenomenon by V.P. NAhymov is controversial which characterizes the criminal procedural functions and indicates that they should be perceived as the most important direction of procedural activities. However, the researcher believes that the exercise of a particular procedural function of one or another subject is based not so much on legislative requirements, but on psychology, on the freedom to choose the function, dictated by internal convictions and circumstances of the case¹¹. Guided by the logic of the scientist, it can be concluded that certain subjects of criminal proceedings, as a result of a change in the situation or the emergence of new circumstances, can, according to their own psychological beliefs, be transformed, even taking over the criminal procedural functions that are not inherent in them. It is clear that under such circumstances, procedural functions will no longer be specifically defined by the procedural category; they will lose their uniqueness and individuality and become a phenomenon devoid of practical significance. The isolation of certain criminal procedural functions and the exercise thereof by certain subjects of the criminal proceedings is not related to their personal desires, but depends exclusively on the perception of the legislator, which, taking into account a number of circumstances, including psychology, formally establishes an appropriate algorithm for the implementation of criminal judicial proceedings which actually reflects the current state of the legal system and is intended to ensure the observance of the rights and legitimate interests of each and all participants of the proceedings. Thus, the criminal procedural function must be perceived as an objective phenomenon, which is reflected in the law and establishes the procedural status of each party. That is why the content of the procedural functions of each individual participant does not depend on his/her personal convictions in the investigative or criminal proceedings, but proceeds exclusively from the law.

Thus, when characterizing the criminal procedural functions, it is necessary to separate a number of inherent signs:

- functions exercised by the subjects authorized to participate in criminal proceedings or have a procedural interest therein.
- functions normatively defined and singled out in the law on certain areas of procedural activity of these subjects;
- functions which include the main areas of procedural activity of subjects, since they are intended to ensure the implementation of the tasks of criminal justice;

Consequently, the procedural functions are normatively defined and isolated by separate directions of procedural activity in the law, which are intended to ensure the implementation of the tasks of criminal justice and are carried out by subjects authorized to participate in criminal proceedings or have a procedural interest therein.

² The Criminal Proceedings in Ukraine: Textbook / Kovalenko Ye.H., Maliarenko V.T. - Kyiv: Yuricom Inter, 2004. - p. 23

³ Sergeich P. I. Criminal Defense. Practical Notes. – Saints-Petersburg, 1931. - P. 38.

⁴ Larin A. M. Investigation in a Criminal Case: Procedural Functions. - Moscow, 1986. - p. 5-14.

⁵ Nazhymov V.P. On the Criminal Procedural Functions // Jurisprudence. - 1973. - No. 5. - p. 76.

⁶ The Criminal Proceedings in Ukraine: Textbook / Edited by Yu. M. Hroshevyi and V. M. Khotynets. - Kharkiv, 2000. - P. 21-25

⁷ Strogovich M.S. The Course of the Soviet Criminal Procedure. In 2 Volumes. Volume 2 Basic Provisions of the Science of the Soviet Criminal Procedure. - Moscow: Nauka, 1970. – P. 188-189

⁸ Savytskyi V. M. Essay on the Theory of Prosecutorial Supervision in Criminal Proceedings. - Moscow, 1975. - P. 30.

⁹ Tyrychev I.V. Criminal Procedural Functions // Soviet Criminal Proceedings: Textbook / Edited by L. M. Karneeva, P. A. Lupinskaia, and I. V. Tyrycheva. - Moscow, 1980. - P. 15.

¹⁰ Larin A. M. Investigation in a Criminal Case: Procedural Functions. - Moscow, 1986. - p. 5-14.

¹¹ Nazhymov V.P. On the Criminal Procedural Functions // Jurisprudence. - 1973. - No. 5. - p. 76.

When understanding the meaning of the concept of the criminal procedural function, it is required to characterize their distribution by type. Mostly, in legal literature, there are three main types of functions: prosecution, defense, decision-making (justice)^{1 2}. These functions are called core because they always cover the key stages of the criminal process, and their differences are the key to adversarial criminal justice. It is quite clear why these functions take a special place in the system of criminal procedural functions. In addition to the core ones, the scientific community distinguish other important areas of procedural activity of the subjects of criminal proceedings, which are considered to be the functions of criminal proceedings. Such functions include investigation of criminal proceedings, support of a civil lawsuit, objection to a civil lawsuit, etc.

The above types of criminal procedural functions are implemented not independently of others; they are bound in close interrelations, constitute a certain logical structure that ensures the fulfillment of the tasks of the criminal proceedings. The set of criminal procedural functions forms a system with certain features. While in the system the procedural functions are crossed and complement each other, resulting in one subject being able to implement a number of procedural functions, including the functions inherent in their opponents. For example, in order to support a civil lawsuit in the interests of the victim authorized by both the public prosecutor and the lawyer or disagreeing with the court decision, the parties contest it before a court of higher instance, etc. Moreover, the system includes the functions which other subjects cannot take over. In particular, the function of the prosecutor's supervision of the lawfulness of the pre-trial stages of the proceedings cannot be delegated to any of the subjects of criminal proceedings, and its logical transformation, i.e. the function of maintaining the prosecution in court.

According to S.V. Borodin, the basic criminal procedural functions must also include the function of investigation of crimes³[10, p. 7]. Indeed, one of the tasks of the criminal proceedings is to ensure a prompt, complete and impartial investigation, within which the investigator carries out a pre-trial investigation, and by establishing the person who has committed the crime, informs such person of suspicion, forms appropriate evidence to prove the guilt, and thus implements the function of investigation of crimes. This function should be considered to be a prerequisite for the emergence of one of the main functions of the criminal process - the prosecution of a person in committing a crime. In these cases, one can speak about the affinity of procedural functions. When it comes to core functions (prosecution, defense and justice), it should be noted that they are clearly different, and therefore the person charged with prosecution or defense functions is in no way able to administer justice, or vice versa. Another characteristic feature of the system of criminal procedural functions is that some of the functions that it creates can be called "paired", since they, in an inseparable unity, logically predict each other. These functions include: prosecution - defense or maintenance of civil actions – objection to civil actions.

Moreover, it should be noted that the system of criminal procedural functions is endowed with another feature: the interdependence of functions. In particular, the prosecution always precedes the emergence of defense and justice, thus causing the emergence of these functions. Involving a person in criminal proceedings leads to the emergence of defense and this function is intended to refute the prosecutor's arguments. In the future, the implementation of criminal procedural legal relations on the prosecution and defense of a person may serve as the basis for the emergence of other functions: the support of civil actions and objection to the civil actions.

The fundamental function of justice in the criminal process is carried out in a manner clearly regulated by the law, as a result of charging a person with the commission of a crime. Its essence lies, as guided by law, in the decision-taking on the actual circumstances of the case in terms of the guilt or innocence of the defendant and the application of sentence in a fair form and degree of punishment. However, the court's conviction of a conviction does not in any way mean that the court is the subject of the charge.

In addition to the basic function of administering justice, in accordance with Article 55 of the Constitution of Ukraine and Article 303-308 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, in the cases determined by law, the court also performs the function of monitoring the lawfulness of the activities of pre-trial investigation bodies that unlawfully restrict the rights and freedoms of participants in criminal proceedings. Moreover, Articles 309-310 of the Criminal Procedure of Ukraine regulate the procedure for appealing the decisions of an investigating judge during the pre-trial investigation, and Articles 311-313 establish the possibility of appealing to the investigator's decisions, actions or omissions of the prosecutor. On the example of this illustration, one can clearly see that the system of criminal procedural functions contains a kind of mechanism of leverage and counterbalance that can hold its bearers away from the temptation of committing unlawful actions. The system provides appropriate safeguards for the unlawful activity of the bodies of pre-trial investigation of the prosecutor and the court, which

¹ The Criminal Proceedings in Ukraine: Textbook / Edited by Yu. M. Hroshevyi and V. M. Khotynets. - Kharkiv, 2000. - P. 21-25

² Borodin S.V. The Concept, Essence and Tasks of the Soviet Criminal Proceedings // Soviet Criminal Proceedings: Textbook / Edited by S.V. Borodin - Moscow, 1982. - P. 7.

³ Borodin S.V. The Concept, Essence and Tasks of the Soviet Criminal Proceedings // Soviet Criminal Proceedings: Textbook / Edited by S.V. Borodin - Moscow, 1982. - P. 189

undoubtedly contributes to the proper performance of their procedural functions in criminal proceedings, ensures the fulfillment of the tasks of criminal justice.

In addition, the legislator's aspiration to record in the Criminal Procedure Code of Ukraine the widest guarantees of protection in the criminal proceedings of citizens' rights against the unlawful conduct of representatives of the state is leveled by absolute indifference to the unlawful conduct of the subjects of defense (lawyers).

The examples of unlawful conduct of lawyers in criminal proceedings described by us in the beginning of the subsection often hinder the performance of the tasks of criminal proceedings. Of course, the participants in the criminal proceedings have the opportunity to react to abuse of the lawyer by filing the relevant motions (complaints) to the qualification-disciplinary commission of the advocacy or, in case of revealing the features of the crime in actions, by requesting registration in the Unified Register of Pre-Trial Investigations, but, given the secret of pre-trial investigation, they rarely have an idea of what is going on during the investigation of proceedings and all the shortcomings of the investigation are attributed to the investigator or prosecutor. As for the court, if during the consideration of the case, the subject of criminal proceedings is able to fully exercise their functions and react in a timely manner to cases of lawful actions of the lawyer, then before the indictment is received in court, the investigating judge is able to control only some of episodes of pre-trial investigation; therefore, it is senseless to speak about the fullness of the functions of the court. At this stage of the criminal proceedings, the lawyer's unlawful conduct usually remains unnoticed by the court.

Taking into account the foregoing, we conclude that, in view of the specifics of the functions and powers of the Criminal Procedure Code of Ukraine, only the prosecutor is the subject of criminal proceedings, who has the ability to react timely and in full to the lawyer's unlawful conduct at all stages of the criminal proceedings. Indeed, as a procedural director within the pre-trial investigation of criminal proceedings, while exercising the fundamental function of the prosecution at its initial stages, it is the prosecutor who has full and operational information about the motion of criminal proceedings, who is capable of taking immediate measures aimed at preventing, eliminating or responding to the lawyer's unlawful conduct. As for the trial, at this stage, besides the ability to use their own procedural powers, the prosecutor has the opportunity to draw the court's attention to the fact of the lawyer's unlawful conduct. Thus, we see that it is the prosecutor who is endowed with the widest ability to respond to the unlawful behavior of the lawyer within the framework of criminal proceedings. The question arises as to how to perceive such activity of the prosecutor, whether it is necessary to consider it a separate function.

Referring to the outcomes of the scientific study of the definition and features of the criminal procedural function, we will try to find the common features necessary to recognize the opposition by the prosecutor to unlawful actions of the lawyer as a separate function. First of all, we find out whether counteracting the unlawful actions of a lawyer is to ensure the implementation of the tasks of criminal proceedings. Referring to Article 2 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, we see that, in addition to the fundamental directions of activity, the norm contains a requirement for the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings, and the prosecutor is able to provide such protection at all stages of the proceedings, including by reacting to the lawyer's unlawful conduct. Thus, the activities of the prosecutor aimed at counteracting the illegal activities of a lawyer fully comply with the tasks of criminal proceedings. Describing the following feature of the criminal procedural function, it should only be noted that there can be no discussions about the subject of the prosecutor within the framework of criminal proceedings, because he/she already is the bearer of one of the fundamental functions of the criminal proceedings (prosecution). Describing the means by which the prosecutor is able to counteract the unlawful conduct of the lawyer in criminal proceedings, we note that the current Criminal Procedure Code of Ukraine has a broad range of procedural powers through which, in a manner determined by law, he/she can effectively counteract the unlawfulness of the lawyer's actions.

Conclusions. In view of the above, we conclude that, apart from the core (prosecution) function, the prosecutor is endowed with secondary functions. In particular, in order to solve the problems of criminal proceedings regarding the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings, the prosecutor is trusted with individual procedural instruments, by which he/she carries out his/her specific and clearly regulated powers regarding the exercise of the function of counteracting unlawful actions of a lawyer in criminal proceedings.

Abstract.

The article deals with theoretical and practical aspects of the defender's illegal conduct in criminal proceedings. The author draws attention to the lack of certainty of domestic legislation on the definition of the legitimacy of the interests of the client. It should be noted that this situation serves as an additional source of illegal actions of lawyers, which in the exercise of their powers gives preference to protecting the interests of the defendant, while when assessing their compliance with the law they are guided solely by their own convictions, which in some cases contradict the spirit of law and morality. The researcher puts forward a hypothesis on the need for additional formalization of the powers of the lawyer in criminal proceedings.

References:

1. Vilchik T. B. Constitutional Right to Legal Counsel in the countries of the European Union and in Ukraine: Monograph / T.B. Vilchik; Yaroslav Mudryi National Law University. - Kharkiv: Pravo, 2015. - 399 p.
2. The Criminal Proceedings in Ukraine: Textbook / Kovalenko Ye.H., Maliarenko V.T. - Kyiv: Yurincom Inter, 2004. - 688 p.
3. Sergeich P. I. Criminal Defense. Practical Notes. – Saints-Petersburg, 1931. - P. 38.
4. Larin A. M. Investigation in a Criminal Case: Procedural Functions. - Moscow, 1986. - p. 5-14.
5. Nazhymov V.P. On the Criminal Procedural Functions // Jurisprudence. - 1973. - No. 5. - p. 76.
6. The Criminal Proceedings in Ukraine: Textbook / Edited by Yu. M. Hroshevyi and V. M. Khotynets. - Kharkiv, 2000. - P. 21-25.
7. Strogovich M.S. The Course of the Soviet Criminal Procedure. In 2 Volumes. Volume 2 Basic Provisions of the Science of the Soviet Criminal Procedure. - Moscow: Nauka, 1970. - 516 p.
8. Savitskyi V. M. Essay on the Theory of Prosecutorial Supervision in Criminal Proceedings. - Moscow, 1975. - P. 30.
9. Tyrichev I.V. Criminal Procedural Functions // Soviet Criminal Proceedings: Textbook / Edited by L. M. Karneeva, P. A. Lupinskaia, and I. V. Tyricheva. - Moscow, 1980. - P. 15.
10. Borodin S.V. The Concept, Essence and Tasks of the Soviet Criminal Proceedings // Soviet Criminal Proceedings: Textbook / Edited by S.V. Borodin - Moscow, 1982. - P. 189.

Nyzhnyk Hryhorii,

Postgraduate Student of the Department of Justice and Criminal Law Disciplines at the National University of Ostroh Academy

The role of general theoretical science in the formation of legal ideology

Роль загальнотеоретичної науки у формуванні правової ідеології

Ochkolias Dmytro

Key words:

legal ideology, legal reality, legal consciousness, general theoretical science, doctrine, theory.

Ключові слова:

правова ідеологія, правова дійсність, правова свідомість, загальнотеоретична наука, доктрина, теорія.

Постановка проблеми. Правова система сучасної України перебуває на стадії обґрунтування і формування власної правової ідеології, на становлення якої спричиняють значний вплив існуючі у державі наукові теорії, концепції, доктрини. Українська правова ідеологія є одним з «молодих» відгалужень європейської правової традиції, що прагне увібрати найбільш якісні і послідовні положення, доповнивши їх унікальними уявленнями про належний правовий і державний устрій. Незважаючи на перетин із суміжними правовими системами, вітчизняна правова ідеологія розвивається поряд з актуальними соціально-економічними та політичними тенденціями, залишаючи при цьому за собою можливість не погоджуватися з неприйнятними висновками, що є візитною карткою права багатьох західних країн.

Актуальність теми. Правова ідеологія фактично відображає стан громадянського суспільства та правової системи держави та, будучи багаторівневою, знаходить свій вираз у Конституції, законах, письмових документах, програмних гаслах, а також усних заявах професійних політиків.

Правова ідеологія формується як результат науково-теоретичного відображення правової дійсності на основі узагальнення та розвитку найбільш відомих і значущих державно-правових теорій минулого та сучасності, вивчення основних закономірностей становлення, розвитку й функціонування держави та права. Для правової ідеології характерне цілеспрямоване наукове, у тому числі філософське, осмислення права не на рівні його окремих проявів, а як цілісного явища, що має власну цінність. Прикладом правової ідеології є вчення природно-правової, позитивістської, класової та інших теорій права. Частиною цієї ідеології становлять сучасні наукові погляди на право.

Формування правової ідеології здійснюється за допомогою теоретичних і практичних напрацювання різних, часто протилежних за соціально-політичними орієнтаціями вчених, тобто представників різних політико-правових навчань, об'єднаних в своїх зусиллях з метою визначення єдиного правового ідеалу епохи.

Ступінь розробленості проблеми. Дослідження ролі наукових теорій, доктрин і концепцій у обґрунтуванні правової ідеології здійснюють багато сучасних науковців, які намагаються довести роль та сутність означених категорій як важливих елементів означеної наукової проблеми. Серед яких такі вчені, як А. Бесєдін, А.І. Луцький, О.Ю. Меліхова, М.П. Недюха.

Метою статті є з'ясування ролі загальнотеоретичних теорій, ідей та концепцій у формуванні правової ідеології.

Виклад основного матеріалу. Правова ідеологія у найзагальнішому вигляді є цілісною системою ідей, поглядів, теорій про сутність і соціальне призначення права, про можливість його використання для вирішення соціальних проблем. Як структурний елемент правосвідомості правова ідеологія відображає раціональне ставлення людини, соціальної групи або суспільства в цілому до явищ правової дійсності за допомогою системи ідей, переконань і т.д., які мають раціональний характер і передбачають оцінку явищ і процесів правового характеру.

За визначенням А. Бесєдіна, правова ідеологія є основним елементом правової системи сучасного суспільства і являє собою систему правових ідей, механізмів інтерпретації цих ідей, а також систему державних і громадських інститутів, які впроваджують положення правової ідеології в правосвідомість¹.

¹ Бесєдін А. Правовая идеология как элемент правовой системы современного общества: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»; Моск. ин-т МВД РФ. М., 2011. 24 с.

К. Толкачев, визначаючи правову ідеологію як цілісну систему ідей, теорій, переконань, зазначає, що саме така системність дозволяє їй адекватно відображати соціально-оціночне ставлення до права і характеризувати правову систему як в статичі, так і в динаміці¹. В. Хропанюк визначає правову ідеологію як систему поглядів і уявлень, основний зміст яких полягає у теоретичній формі відображення суспільного життя². Це, як підкреслює Н. Недюха, надає можливість зробити акцент не тільки на єдності правової теорії і фактів правової дійсності, а й на важливості забезпечення єдності науки і практики, теоретичної та емпіричної свідомості суспільства, ідеї і інтересу, правової норми і соціального порядку³.

Таким чином, правова ідеологія як складова частина правової свідомості перебуває під впливом сучасних трансформаційних процесів, що призводить до цілого ряду наслідків, зокрема: на тлі поширення та утвердження загальноєвропейських правових принципів і стандартів в Україні відбуваються значні внутрішні трансформації правової ідеології, змінюється її зміст і соціальне призначення, зростає її роль в реалізації завдань державної правової політики; посилюється вплив ідеології на процеси соціального розвитку, нормативно-правове регулювання інтересів соціальних груп і населення держави в цілому. Сучасні трансформаційні процеси безпосередньо впливають на зміну ролі і значення функцій правової ідеології, актуалізуючи необхідність оцінки нових правових явищ і процесів, наприклад правових стандартів в галузі прав людини, функціонування судової влади, правової інтеграції та ін.; вимагаючи розуміння і врахування нових ціннісних орієнтирів і норм у правовій політиці держави, в правовій поведінці всіх суб'єктів правовідносин; зумовлюючи необхідність швидко і адекватно реагувати на нові суспільні та політичні виклики, прогнозувати перспективи розвитку національної правової системи в глобальному правовому просторі та ін.

Правові теорії, доктрини, концепції та моделі, що обумовлюють існуючі правовідносини у суспільстві та є засобом впливу на їх розвиток, вдосконалення та наближення до існуючих суспільно-правових уявлень про належну правову організацію і правопорядок є структурними елементами правової ідеології.

Сучасні наукові джерела формують загальний погляд на наукову теорію як елемент правової ідеології, яку розуміють як систему знань, що пояснює сукупність суспільно-правових явищ у сфері правової дійсності і зводить відкриті у цій сфері закони до єдиної об'єднуючої основи⁴. Побудова теорії спирається, на результати, отримані на емпіричному рівні дослідження. У теорії ці результати упорядковуються, приводяться у струнку систему, об'єднану загальною ідеєю, уточнюються на основі абстракцій, ідеалізацій, принципів, що вводяться до теорії. До нової створюваної наукової теорії як елементу правової ідеології висувається ряд важливих вимог:

- а) наукова теорія повинна бути адекватна об'єкту, що досліджується, що надає можливість у певних межах замінити експериментальні дослідження теоретичними дослідженнями;
- б) теорія повинна відповідати вимозі повноти опису правової сфери дійсності, тобто існуючі правові дослідні дані повинні бути описані у термінах вхідного базису теорії, за допомогою її основних принципів, понять, абстракцій, ідеалізацій, аксіом;
- в) повинні бути пояснені взаємозв'язки між різноманітними компонентами у межах самої теорії, повинні існувати зв'язки між різноманітними положеннями теорії, що забезпечують перехід від одних тверджень до інших;
- г) повинна дотримуватись вимога внутрішньої непротиворічності теорії і відповідність її дослідним даним. У протилежному випадку теорія повинна бути вдосконалена або навіть відкинута.

Отже, наукова теорія як складова правової ідеології не є відтворенням об'єкта правової ідеології, вона відображає сутність правової ідеології, акумулює найбільш характерні і істотні ознаки правової категорії як явища.

У сучасній юридичній науці відсутня єдність думок з приводу визначення правової доктрини, її місця у системі джерел права. Оцінки вчених ролі і значущості правової доктрини для правової системи України також вирізняються крайньою полярністю, від визнання правової доктрини повноцінним і навіть первинним джерелом права до повного заперечення її якостей і властивостей як матеріально-правової освіти.

Така невизначеність пояснюється тим, що доктрина належить до правових явищ, які не тільки багаторазово змінювали і змінюють свій статус, але і прагнуть розчинитися в науці, судовій практиці, релігії, загальних принципах та інших формах і джерелах права⁵.

Термін «правова доктрина» у вітчизняній і зарубіжній юридичній літературі використовується для позначення таких явищ, як вчення, філософсько-правова теорія; наукові праці найбільш авторитетних до-

¹ Толкачев К. Правовая идеология в структуре профессионального сознания государственных служащих в Российской Федерации // *Государство и право*. 2007. № 11. С. 101-103.

² Хропанюк В. Теория государства и права : [учеб. пос.]. М.: Инверсталь, 2000. 298 с.

³ Недюха М. Правова ідеологія українського суспільства: інноваційний потенціал процесу соціальних змін // *Політичний менеджмент*. 2013. № 59. С. 86-94.

⁴ Білуха М. Т. Методологія наукових досліджень: Підручник. К.: АБУ, 2002. 480 с.

⁵ Семеніхін І. В. Правова доктрина: поняття та особливості // *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2009. Вип. 18. С. 127-139.

слідників у сфері держави і права; позиції вчених-юристів з актуальних питань, проблем правотворчості і правореалізації. Природним є те, що розуміння самого поняття «правова доктрина», її ролі у формуванні і реалізації права в різних країнах є різним. Це залежить від багатьох чинників: історичних традицій, особливостей правоустрою кожної окремої країни, її належності до певної правової системи, пануючих типів праворозуміння, специфіки організації та розвитку системи джерел права⁶.

Єдине розуміння правової доктрини українською юридичною наукою на сьогоднішній день не сформовано. Кожен дослідник феномену правової доктрини створює власну дефініцію, акцентуючи увагу на різних сторонах і аспектах цього явища. Так, С.І. Максимов пропонує розуміти під правовою доктриною об'єктивно зумовлену, усталену систему поглядів на право і пов'язані з ним різного роду правові явища⁷. Р.В. Пузиків визначає юридичну доктрину як створену юридичною наукою систему поглядів на проблеми правового регулювання суспільних відносин, виражених у формі принципів, презумпції, аксіом та інших основоположень, що є регулятором суспільних відносин, визначає пріоритетні напрямки, закономірності і тенденції розвитку законодавства, незалежно від того, зафіксовані її положення у якому-небудь документі⁸.

За визначенням А.Є. Шевченко та М.В. Кармаліта, формування правової доктрини відбувається на основі даних про об'єктивні закономірності існування, взаємодії й розвитку правових явищ, що є основною причиною її високого авторитету, передумовою для легітимації доктринальних положень у правосвідомості юридичної спільноти, і як наслідок – сприймання юридичною практикою, у тому числі можливого офіційного визнання державою (наприклад, шляхом включення того чи іншого доктринального положення до тексту закону)⁹. Правова доктрина також допомагає логічно упорядкувати суперечливий, нерідко хаотичний емпіричний матеріал існуючої системи права та подати його у вигляді цілісної системи – це з одного боку. З іншого – доктрина, яка синтезує існуючу інформацію щодо правової дійсності в усіх її проявах, не зводиться виключно до пізнання позитивного права, аналізу його галузей і правових інститутів. Вона також містить бачення права, яким воно має бути, тобто його уявний ідеальний образ, обґрунтовує необхідність і доцільність закріплення норм права, тобто виступає вагомим чинником формування права.

Ми можемо визначити основні елементи категорії правової доктрини як структурного елемента правової ідеології:

- 1) теоретично правова доктрина моделює вихідні параметри соціально-доцільної правомірної взаємодії людини, соціальної групи, суспільства, держави і, як вказує Л.В. Соцуро, у силу цього є теоретико-правовим інструментом формування належної і справедливої правомірної поведінки суб'єктів права. Вона здатна, по-перше, доповнювати регулятивний потенціал права; по-друге, разом з іншими ідеологічними засобами через творчий ресурс правосвідомості людини ефективно здійснювати різнорівневий вплив на будь-яку практику, перш за все, – практику оптимізації механізму держави і підвищення ефективності її функціонування¹⁰;
- 2) невід'ємним і необхідним елементом правової доктрини, а також її взаємозв'язки з правотворенням і правозастосуванням є суспільна думка. До того ж, не можемо не звернути уваги на аспекти багатоканальної взаємодії громадської думки, правової доктрини і механізму нашої держави. Цей зв'язок полягає в положенні законодавства, очевидність якого зумовлена суспільними тенденціями і запитамі; проходячи або не проходячи через різні експертні фільтри, останні досягають відповідних суб'єктів і приймають легальне формулювання.
- 3) правова доктрина як продукт інтелектуальної діяльності і результат наукової творчості є орієнтиром правозастосування та правореалізації у цілому, оскільки є відносно вільною від формальностей. При цьому у якості матеріального результату вона повинна виражати не просто загальну ідею або ініціативу, а зважену концепцію або законопроект. Завдяки правовій доктрині право розуміють, воно наближається до свідомості не тільки державного службовця, а й пересічних громадян, а також сприяє єдності правореалізаційної практики;
- 4) структура правової доктрини містить конструкції, пов'язані з устроєм держави. Саме ця складова безпосередньо впливає на механізми держави у статичі, особливо у процесі модернізації і реформування країни в періоди нестабільності соціуму. Поряд з цим правова доктрина включає конструкції, що впливають на ефективність діяльності держави на мікро- і макрорівнях;
- 5) правова доктрина на основі національної і міжнародної наступності знання містить у своїй структурі соціально значущі понятійно-сенові конструкції (фундаментальні і конкретно-теоретичні категорії,

⁶ Алексеев С. С. Проблемы теории права: [курс лекций]. В 2-х т. Т.1. Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1972. 396 с.

⁷ Максимов С. І. Правова доктрина: філософсько-правовий підхід // Право України. 2013. № 9. С. 43-54.

⁸ Пузиків Р. В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (теории проблемы и практики) [Текст]: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Тамбов, 2003. 25 с.

⁹ Шевченко А. Є., Кармаліта М. В. Вплив правової доктрини на правотворчий процес в Україні // *Юридичний вісник*. 2015. № 3 (36). – С. 52–57.

¹⁰ Соцуро Л. В. Неофициальное толкование норм права: Учеб. пособие. М.: Профобразование, 2000. С. 53–57.

- концептуальні положення, принципи, аксіоми), що: а) відображають закономірності функціонування соціально-правової дійсності, в тому числі специфіку механізму держави; б) перевірені на практиці в процесі взаємодії суспільства і держави; в) підтримуються юридичною спільнотою; г) закріплені в наукових текстах, правових позиціях Конституційного і Верховного судів, кодексах етики, документах міжнародного права, а також частково легалізовані в нормах-ідеологемах об'єктивного права;
- б) правова доктрина за своїми формальними, змістовними і функціональними ознаками може бути віднесена до ідеологічних джерел права не тільки в історичній ретроспективі, а й щодо практики функціонування права в сучасному суспільстві.
- 7) правова доктрина впливає на статистику і динаміку механізму держави. Так, статичний механізм полягає у тому, що держава як відносно самостійний інститут (універсальна корпорація) на макрорівні складається з таких елементів, як:
- а) державні інститути і гілки влади (інституційний елемент);
 - б) державні чиновники і службовці (суб'єктний елемент);
 - в) матеріальні ресурси – скарбниця (матеріальний елемент);
 - г) система правових норм, що регулюють структуру держави і її діяльність, а також позаправові норми: кодекси етики, корпоративні норми, звичаї, традиції (нормативний елемент);
 - д) державна ідеологія: цілі, завдання, програми діяльності держави (ідеологічний елемент);
 - е) об'єкти-цінності, створювані державою (ціннісний елемент);
 - ж) історично сформована корпоративна культура як всередині держави, так і культура взаємин держави і суспільства (культурологічний елемент)¹.

У динаміці елементами механізму держави як системоутворюючого інституту життєдіяльності суспільства є: 1) мікрорівень – конкретні правовідносини і позаправові відносини, які виникають в тій чи іншій ситуації на практиці (вибори, податки і т. д.); 2) макрорівень – види соціально-правової діяльності, перш за все законодавчої, виконавчої, судової.

Узагальнюючи вищевикладене, ми можемо обґрунтувати наступні **ВИСНОВКИ**:

- сучасна теоретична юридична наука містить значний обсяг знань про правову систему, право, державу, але не містить достатнього кола знань відносно проблеми правової ідеології, її сутності та елементів;
- правова ідеологія з точки зору теоретичної юридичної науки є сукупністю наукових теорій, доктрин і концепцій, що є її складовими елементами, роль яких полягає у її формуванні, а саме:
 - а) наукова теорія як елемент правової ідеології є системою правових знань, що узагальнює та пояснює інформацію, яка міститься у самій правовій теорії;
 - б) наукова доктрина визначає основоположні засади формування правової ідеології суспільства, оскільки є частиною соціального середовища та взаємодіє з іншими факторами (культурними, економічними, соціальними, політичними);
 - в) наукова концепція як елемент правової ідеології виконує роль програми, яка в одному випадку презентує мету, план та прогнози певних дій, а в іншому є актом, репертуаром іміджу. Концепції правової ідеології покликані формувати цілісні уявлення про об'єкт вивчення і розкривати сенс правових знань;
- специфіка правової ідеології з точки зору теоретичної юридичної науки полягає у тому, що вона посідає проміжне місце між її емпірично-буденним та науковими рівнями. Доктрина як елемент правової ідеології відіграє роль у межах концептуально-теоретичного рівня існування правової ідеології, що є необхідною передумовою формування суспільно-правової свідомості.

Анотація.

Досліджено вплив теоретико-правових теорій та концепцій на формування правової ідеології. Наголошено на необхідності обґрунтування єдиних підходів до доктринального розуміння правової ідеології та з'ясуванні значення теорії права для її формування. Виокремлено елементи категорії правової доктрини як структурного елемента правової ідеології.

Summary.

The influence of theoretical and legal theories and concepts on the formation of legal ideology is studied. The need to substantiate common approaches to the doctrinal understanding of legal ideology and to clarify the importance of the theory of law for its formation is emphasized. Elements of the category of legal doctrine as a structural element of legal ideology are singled out.

¹ Костенко О. Юридичний позитивізм-ідеологічна основа для зловживань кримінальним законодавством // *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні*. Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції (13-14 лютого 2003 р.). Львів, 2003. С. 16-17.

References:

1. Беседин А. Правовая идеология как элемент правовой системы современного общества: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»; Моск. ин-т МВД РФ. М., 2011. 24 с.
2. Толкачев К. Правовая идеология в структуре профессионального сознания государственных служащих в Российской Федерации // *Государство и право*. 2007. № 11. С. 101-103.
3. Хропанюк В. Теория государства и права : [учеб. пос.]. – М. : Инверсталь, 2000. 298 с.
4. Недюха М. Правова ідеологія українського суспільства: інноваційний потенціал процесу соціальних змін // *Політичний менеджмент*. 2013. № 59. С. 86-94.
5. Білуха М. Т. Методологія наукових досліджень: Підручник. К.: АБУ, 2002 . 480 с.
6. Семеніхін І. В. Правова доктрина: поняття та особливості // *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2009. Вип. 18. С. 127–139.
7. Алексеев С. С. Проблемы теории права: [курс лекций]. В 2-х т. Т.1. Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1972. 396 с.
8. Максимов С. І. Правова доктрина: філософсько-правовий підхід // *Право України*. 2013. № 9. С. 43-54.
9. Пузиков Р. В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (теории проблемы и практики) [Текст]: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Тамбов, 2003. 25 с.
10. Шевченко А. Є., Кармаліта М. В. Вплив правової доктрини на правотворчий процес в Україні // *Юридичний вісник* . 2015. № 3 (36). С. 52–57.
11. Соцуру Л. В. Неофициальное толкование норм права: Учеб. пособие. М.: Профобразование, 2000. С. 53–57.
12. Костенко О. Юридичний позитивізм-ідеологічна основа для зловживань кримінальним законодавством // *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції (13-14 лютого 2003 р.)*. Львів, 2003. С. 16-17.

Historical and legal aspects of the problem of origins and historical boundaries of Ukrainian statehood

Історико – правові аспекти проблеми витоків та історичних меж української державності

Petsa Dmytro, Halas Volodymyr

Key words:

statehood, state, Slavs, Kievan Rus, Cossack republic, hetman articles, Central Rada, Universals of the Central Rada, Ukrainian People's Republic, Western Ukrainian People's Republic, Act of Unification, Ukrainian Soviet Socialist Republic, democratic centralism, People's Movement of Ukraine for reconstruction, Act of Independence of Ukraine.

Ключові слова:

державність, держава, слов'яни, Київська Русь, Козацька республіка, гетьманські статті, Центральна Рада, Універсали Центральної Ради, Українська Народна Республіка, Західноукраїнська Народна Республіка, Акт злуки, Українська Радянська Соціалістична Республіка, демократичний централізм, Народний Рух України за перебудову, Акт проголошення незалежності України.

У сучасній вітчизняній історико - правовій науці проблематика, пов'язана з витоками та історичними межами української державності, виявляє свою актуальність, що вирішальною мірою зумовлено утворенням незалежної української держави. Це, в свою чергу, пояснюється необхідністю етнополітичної самоідентифікації української спільноти, напрацювання власної державно-правової концепції. Наукова розробка даної проблематики, доведення її до широкого загалу, поза всяким сумнівом, сприяють консолідації українського суспільства, формуванню правосвідомості громадян України в частині її державно-правового розвитку як незалежної демократичної держави, утвердженню національної за своїм змістом громадсько-політичної позиції кожного українця, що, в кінцевому рахунку, служить піднесенню авторитету української держави на міжнародній арені.

Будучи комплексною і багатоаспектною проблемою, питання витоків та меж української державності потребує, як нам видається, відповіді на ряд питань, які є сутнісними з огляду на їх історико-правовий зміст. Йдеться, передовсім, про правове наповнення поняття «державність», його співвідношення з поняттям «держава». Важливо також в довготривалому процесі українського державотворення знайти ті віхи, які наповнювали цей процес якісно новим змістом як в площині суспільної ідентифікації українства так і в площині його інституційно-правового становлення. Відповіді на ці питання дають можливість, опираючись на доступний емпіричний матеріал, знайти витoki української державності, окреслити її історичні межі та витворення, у кінцевому рахунку, держави Україна.

В теоретико-правовій науці домінуючою є думка, що під поняттям «державність» треба розуміти несталый стан територіально-політичної організації суспільства з певними обмеженнями публічної влади і певною залежністю цієї влади від зовнішніх факторів. Зміст цієї влади складає комплекс інституційно-правових механізмів соціально-економічного, політичного та культурного характерів, які діють на окремо взятій території, населеній певним, однорідним в своїй основі, етносом, і зв'язують цей етнос в певну цілісність, забезпечуючи при цьому його розвиток. Підґрунтям становлення державності є прагнення певного етносу до самовизначення і витворення власної державності. Таке розуміння поняття «державність» робить його ширшим ніж поняття «держава». Державність є своєрідним фундаментом держави, а держава – інституційно-правовою об'єктивацією державності.

З огляду на наведене, на нашу думку, початком процесу становлення української державності можна визначити IX століття (882р.), а його верхньою межею – прийняття Акту незалежності України (24 серпня 1991 р.), підтвердженого Всеукраїнським референдумом 1 грудня 1991 року.

Що дає підстави для такого твердження.

Авторитетний дослідник української історії Дмитро Дорошенко, спираючись на думки відомих славістів (Ростовцев, Нідерле, Ключевський, Грушевський, Шахматов) та співставляючи їх, зазначає, що вже біля УІ століття починає визирати обличчя слов'ян (поляни, древліани, сіверяни), безпосередніх предків укра-

їнського народу. Територія цього етносу являла собою терен перехрещування культурних і політичних впливів між Сходом і Заходом та зберігала нашарування різних культур, розвинувши свою багату культуру, яка дала згодом цікавий образ синтезу цих двох впливів, змодифікованих на суто слов'янському ґрунті. Руська Земля (Київська Русь) одержала в спадщину від передслов'янського етносу (кімерійці, скіфи, сармати, готи, гуни, болгари, авари) усі риси, характерні для держав, що були на її території в добу переселення народів¹.

В результаті тривалих внутрішніх процесів, консолідації праукраїнських племен у IX столітті на території розселення слов'янського етносу утворилася ранньофеодальна державність - Руська Земля. Це було виявом солідарності цих племен, об'єднаних певною ментальністю в прагненні створити свою державність. Не можна не погодитись з думкою, що держава сама по собі є найбільш всеохопною формою солідарності і водночас вона веде до створення і вироблення якнайповніших і найвсебічніших форм людської солідарності². Руська Земля виникла внаслідок об'єднання Олегом у 882 році північної Славії з центром у Новгороді та південної Поляннії - Русі з центром у Києві. Утвердження Олега в Києві знаменувало створення Київської Русі.

На нашу думку, не підлягає сумніву, що витoki української державності ідуть саме від цих часів, так як історичні свідчення засвідчують безсумнівні ознаки перебування наших предків на території, з осередком у Києві, на якій український народ живе й досі.

На користь такого бачення витоків української державності з центром у Києві говорять риси, притаманні їй. Будучи ранньофеодальною державністю, в рамках її було зреалізовано цілий ряд реформ, пов'язаних з розширенням територій та зміцненням кордонів (Олег, Ігор, Святослав), адміністративну та фінансову реформи (Ольга) з поділом на погости та нормуванням данини, релігійну реформу 988 року (Володимир) запровадженням християнства, реформу правової системи (Ярослав) і кодифікацію права в «Руській правді». Означене остаточно утвердило Київську Русь як слов'янську державу. Попри те, що ця держава, в силу своєї роздробленості в XII- початку XIII ст. стала поліцентричною в площині організації державної влади, вона залишалась коліскою праукраїнських племен аж до монголо-татарської навали 1237-1241 рр. Удільні князівства (Волинське, Галицьке, Переяславське, Чернігівське та інші), змагаючись за політичне лідерство, продовжували відігравати роль консолідуючого центру давньоруських земель, прагнучи до відновлення єдності і консолідації Київської держави.

Важливим етапом на шляху розвитку української державності стали роки національно-визвольної війни 1648-1657 років під проводом Богдана Хмельницького. У ході цієї війни формувалися підвалини самостійної української національної державності у вигляді козацької республіки. Маючи всі ознаки держави - кордони, сформований адміністративно-територіальний устрій та державний механізм, козацька республіка, разом з тим, творила окреме державне тіло в складі Московського царства. Характер цієї держави і форми відносин з Москвою означувалися кожного разу при виборі гетьмана новим договором (конституцією) між гетьманом і московським урядом. В основі цих договорів лежали т.зв. статті - «Березневі статті» Богдана Хмельницького» 1654 року, «Глухівські статті» Многогрішного 1669р., «Конотопські статті» Самойловича 1672р., «Коломацькі статті» Мазепи 1687р. На основі всіх цих статей формувалися відносини між Москвою і козацькою Україною, які, на нашу думку, правильно буде характеризувати як васальна залежність козацької України від Москви. На користь такого твердження говорить той беззаперечний факт, що маючи обраного українцями свого голову держави - гетьмана, останній зобов'язаний був присягати після виборів на вірність московському цареві. Тому цілком очевидним видається, що козацька Республіка не була самостійною державою у повному розуміння цього слова. І це при тому, що за Зборівським договором 1649 року вона була визнана урядом Речі Посполитої як автономія у складі трьох воєводств, а в 1654 році на Переяславській раді царем Московської держави.

Разом з тим, очевидним видається й інше - період національно-визвольної війни 1648-1657 рр. засвідчив якісно новий етап у розвитку української державності з огляду на її відносну автономність та міжнародну правосуб'єктність.

Нові надії, а разом з тим і нові випробування та розчарування принесли українському народу дві російські революції (лютий-жовтень 1917 року). Розпад Російської імперії і самодержавства давало шанс на політичну свободу, а за сприятливого збігу обставин на національне самовизначення і державну незалежність. Українська політична еліта проголосила початок Української революції. Початком найбільш значимої в історії державності України цього періоду події прийнято рахувати лютневу революцію в Російській імперії, а її кінцем - підписання Ризького миру (1921р.), кінець війни і проголошення радянської влади.

Найважливішим здобутком Української революції 1917-1920 рр. стало утворення Української Центральної Ради (4 березня 1917р.). Саме Універсалами Центральної Ради була створена Українська Народна Республіка. Революційний лозунг III Універсалу (7 листопада 1917р.) - віднині Україна стає Українською Народною Республікою - був дезавуований наступними абзацами цього ж документу: « Не віддаляючись

¹ Дмитро Дорошенко. Нариси історії України: В 2 т. Т.1: до половини XVII століття. К.: ГЛОБУС, 1991. С.31

² Кистяковський Б.А. Філософія і соціологія права. СПб.:РХГИ, 1999. С.427

від Російської Республіки й зберігаючи єдність її, ми твердо станемо на нашій землі, щоб силами нашими допомогти всій Росії, щоб уся Російська Республіка стала федерацією рівних і вільних народів»¹. Разом з тим, історико-правове значення III Універсалу полягає у відродженні ним української національної державності. Саме державності, з огляду на її входження до складу федерації вільних на-родів Росії.

Апогеєм національної революції 1917-1920 рр. було прийняття Центральною Радою ІУ Універсалу (9 січня 1918 р.), в якому було проголошено УНР самостійною державою українського народу: « Віднині Українська Народна Республіка стає самостійною, від нікого незалежною, вільною, суверенною Державою Українського Народу»². Факт прийняття цього державно-правового акту означав нестримне прагнення українського народу до витворення незалежної держави. В рамках цього процесу в Галичині та на Буковині було проголошено утворення Західноукраїнської Народної Республіки (ЗУНР), а 22 січня 1919 року у Києві було урочисто проголошено об'єднання двох держав (Акт злуки УНР та ЗУНР) і закріплено його Універсалом. Ці дві події за своїм правовим змістом означали продовження процесу відновлення єдиної української національної держави.

Постало питання про її зміцнення і розбудову. Однак цьому зашкодили зовнішні фактори – позиція радянської Росії щодо розбудови самостійної держави України. Росія бачила українську державність складовою частиною спочатку як автономії у складі Росії, а згодом, в силу протидії цьому проекту з боку майбутніх його учасників (Українська СРР, Білоруська СРР, Закавказька СФРР), складовою союзу республік, який отримав назву Союзу Радянських Соціалістичних Республік. Розпочався новий етап у розвитку української державності – радянський період.

Закріплення державних основ СРСР, а Української СРР у складі цієї держави, відбулось 30 грудня 1922 року на I Всесоюзному з'їзді Рад, який проходив у Москві. Цьому передувало схвалення проекту Конституції СРСР та Декларації про утворення Союзу РСР УІІ Всеукраїнським з'їздом Рад 10 грудня 1922 року у Харкові. Юридичне оформлення СРСР сталось 31 січня 1924 року, коли ІІ Всесоюзним з'їздом Рад була прийнята Конституція СРСР за якою Україна стала співзасновником та союзною республікою Радянського Союзу аж до 1991 року. За часів СРСР в Україні було прийнято три Конституції (1924, 1937, 1978 рр.). Що об'єднувало ці три Конституції в площині правового статусу української державності. Україна, як одна із союзних республік, проголошувалась суверенною державою. Але чи був цей суверенітет повним?

Показовими у цьому плані є положення Конституції УРСР 1978 року. В основі своєї ця Конституція була рецепцією загальносоюзної Конституції 1977 року. Ст. 68 Конституції Української РСР закріплювала положення про те, що Українська РСР є суверенною радянською соціалістичною державою³. В той же час, в Конституції СРСР 1977 року вперше в прямій формі було проголошено принцип демократичного централізму. Ст.3 Конституції гласила: «Організація і діяльність Радянської держави будується відповідно до принципу демократичного централізму: виборності всіх органів державної влади знизу доверху, підзвітності їх народові, обов'язковості рішень вищестоящих органів для нижчестоящих»⁴. Цими вищестоящими органами були союзні, а не республіканські вищі органи влади. Це дає право констатувати, що в Україні, як однієї з союзних республік, був відсутній справжній суверенітет в його сутнісному розумінні.

Своєрідною гарантією суверенітету України, як союзної республіки, дехто називає право вільного виходу з союзної держави. В ст.69 Конституції 1978 року зазначалось, що Українська РСР зберігає за собою право вільного виходу зі складу СРСР⁵. Однак, до останніх днів свого існування в СРСР не було розроблено механізму виходу союзної республіки зі складу союзної держави. Все це, з позицій сьогодення, виглядає правовою фікцією. Тому, фактично після створення СРСР, Українську РСР не можна назвати незалежною державою в силу того, що вона не володіла суверенітетом в сутнісному розумінні цього слова і не мала можливості повернення до статусу незалежної держави, тобто виходу з СРСР.

З урахуванням вищенаведеного можна констатувати, що в радянський період Україна зберегла свою державність, як одна з союзних республік у складі СРСР. Проте говорити про Україну як про самостійну державу, в правовому сенсі цього слова, було б неправильним, зважаючи на її залежність від союзного центру.

Логіка подальшого розвитку Союзу РСР засвідчила неефективність цього державного утворення. Наслідком цього стало виникнення в союзних республіках в кінці 80-х початку 90-х років руху за незалежність. В Україні восени 1989 року офіційно був створений Народний рух України за перебудову, керівниц-

¹ III Універсал Центральної Ради (7 листопада 1917 р.). Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончаренка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,1997. С.21

² ІУ Універсал Центральної Ради (9 січня 1918 р.). Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончаренка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,1997. С.37

³ Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки. Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.-чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончаренка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,-1997. С.650

⁴ Конституція СРСР – ІПС ЛІГА: ЗАКОН. URL: ips.ligazakon.net > document

⁵ Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки. Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.-чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончаренка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,-1997. С.650

тво якого взяло курс на вихід УРСР зі складу СРСР. При повній відсутності правової бази для такого виходу Україна знайшла конституційні шляхи для розв'язання цього правового колапсу. Такий механізм виходу з'явився у березні 1990 року в ході чергових виборів до Верховної Ради УРСР на багатопартійній основі. За результатами цих виборів у складі новообраної Верховної Ради утворилася опозиція – Народна рада із 125 депутатів. Це опозиційне утворення повело боротьбу за здобуття реальної незалежності України. Виявом цих потуг стало ухвалення 16 липня 1990 року Декларації про державний суверенітет. Цей доле-носний для України правовий акт вперше в новітній українській державно-правовій практиці декларував пріоритет її законодавства над законодавством союзної держави. В ньому проголошувався державний суверенітет України як верховенство, самостійність, повнота і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх зносинах⁶. Він став правовою підставою для реорганізації всього державного механізму. 24 серпня 1991 року, після невдалої спроби державного перевороту в СРСР, Верховна Рада УРСР ухвалила Акт проголошення незалежності України, яким констатувався вихід України зі складу СРСР і проголошувалася незалежність України та створення самостійної Української держави – України. Незворотність такого курсу було підтверджено Всеукраїнським референдумом 1 грудня 1991 року у ході якого 90,35 % українців проголосували за підтримку Акту незалежності.

Наведений аналіз дозволяє зробити ряд висновків щодо витоків та генези української державності.

По-перше. Практика українського державотворення вкотре підтверджує, що люба держава, - а саме вона є своєрідним вінцем державності,- незалежно від форми, має свою динаміку розвитку, що залежить передусім від конкретного стану суспільства, тих завдань, які ставить перед собою це суспільство, наповнюючи його відповідним соціально-правовим змістом. Консолідація праукраїнських племен (поляни, древляни, сіверяни) у 882 році знаменувало створення великої слов'янської держави з центром у Києві (Київська Русь), утворення козацької республіки в ході національно-визвольної війни 1648-1657 рр., що засвідчила підвалини самостійної української національної державності з огляду на її відносну автономність та міжнародну правосуб'єктність, проголошення Української Народної Республіки та Західноукраїнської Народної Республіки і їх злиття (22 січня 1922 р.), що фактично означало становлення єдиної української національної держави, збереження української державності в радянський період і, насамкінець, створення самостійної української держави – Україна (24 серпня 1991 р.) – все це яскраве підтвердження правильності такого правового висновку.

Вказані віхи визначають історичні рамки та змістове політико-правове наповнення української державності.

По- друге, довготривалий, складний і протирічливий до певної міри процес творення української державності пояснюється, на нашу думку, поліетнічним характером спільноти на територіях, де зароджувалась ця державність. Подальша її еволюція засвідчила різновекторність впливу на неї, а відповідно і різні за змістом її форми на правобережній та лівобережній Україні. Це продовжувало обумовлювати поліментальний характер тамтешніх суспільств, що було фактором їх нестабільності, фактором очевидних протиріч в середовищі тих, хто їх очолював. Подібні явища, до певної міри, мають місце по сьогоднішній день.

По- третє. Не можна не помітити, що в ході цього багатовікового процесу українського державотворення, українська державність демонструвала практику несамостійної держави, а звідси і слабої влади. Видається, що тим, хто стояв на чолі української державності, не вистачало ні сил, ні мужності, ні бажання до витворення незалежної держави. Зміна політичної орієнтації визначала їх поведінку. Ця хронічна хвороба, на нашу думку, супроводжує українську політичну еліту по сьогоднішній день. Позбутися цієї хвороби можна лише одним шляхом – шляхом консолідації цієї еліти навколо сутнісних питань, які визначають обличчя любої держави: розбудову такої політичної моделі, яка б забезпечувала сталий економічний розвиток та високі соціальні стандарти в українському суспільстві, консолідувала це суспільство та позбавила його регіональної поліментальності, формувала справжню українську політичну націю.

Все це, у кінцевому рахунку, зробить державу Україна авторитетним і впливовим суб'єктом міжнародного співтовариства.

Анотація.

Стаття присвячена аналізу окремих аспектів проблеми витоків та історичних меж української державності. Піддано аналізу зміст та правове наповнення поняття «державність», його співвідношення з поняттям «держава». Констатується, що поняття «державність» є ширше за своїм змістом ніж поняття «держава». Державність є своєрідним фундаментом держави, а держава - інституційно-правовою об'єктивізацією державності. З огляду на таке розуміння державності, вказується, що початком процесу становлення української державності можна визначити IX століття (882р.), а його верхньою межею – прийняття Акту незалежності України (24 серпня 1991 р.), підтвердженого Всеукраїнським референдумом 1 грудня 1991 року. Вказано та аргументовано основні віхи розвитку української державності з огляду на правове наповнення

⁶ Декларація про державний суверенітет України : Прийнята Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 року №55-ХІІ. Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР). 1990. № 31. С. 429

її змісту. Зроблено кумулятивні висновки щодо витоків, історичних меж та шляхів вдосконалення української державності в сьгоднішніх умовах, враховуючи історичну практику її становлення та розвитку.

Summary.

The article is devoted to the analysis of some aspects of the problem of origins and historical boundaries of Ukrainian statehood. The content and legal content of the concept of statehood and its relation to the concept of the state are analyzed. It is stated that the concept of statehood is broader in its meaning than the concept of state. Statehood is a kind of foundation of the state and the state is the institutional and legal objectification of statehood. Given this understanding of statehood, it is indicated that the beginning of the process of formation of Ukrainian statehood can be defined as the ninth century (882), and its upper limit - the adoption of the Act of Independence of Ukraine (24th of August 1991), confirmed by the All-Ukrainian referendum on December 1, 1991. The main milestones of the development of Ukrainian statehood are indicated and argued, considering the legal content of its content. Cumulative conclusions are made about the origins, historical boundaries and ways to improve Ukrainian statehood in today's conditions, considering the historical practice of its formation and development.

References:

1. Дмитро Дорошенко. Нариси історії України: В 2 т. Т.1: до половини ХVІІ століття. К.: ГЛОБУС, 1991. 228 с.
2. Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб.:РХГИ, 1999. 571 с.
3. ІІІ Універсал Центральної Ради (7 листопада 1917 р.). Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончарен-ка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,1997. 799 с.
4. ІV Універсал Центральної Ради (9 січня 1918 р.). Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончарен-ка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,1997. 799 с.
5. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістич-ної Республіки. Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.-чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончаренка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,-1997. 799 с.
6. Конституція СРСР – ІПС ЛІГА: ЗАКОН. URL: ips.ligazakon.net > document
7. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістич-ної Республіки. Хрестоматія з історії держави і права України: в 2 т. / за ред.-чл.-кор. АПрНУ В.Д.Гончаренка.Т.2: Лютий 1917р.-1996 р. К.: Ін Юре,-1997. 799 с.
8. Декларація про державний суверенітет України : Прийнята Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 року №55-ХІІ. *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. 1990. № 31. С. 429.

Petsa Dmytro,

*Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Department of Theory and History of State and Law, Law Faculty
«Uzhgorod National University»*

Halas Volodymyr,

*Candidate of History Sciences, Associate Professor,
Head of the Department of Theory and History of State and Law, Law
Faculty «Uzhgorod National University»*

General characteristics of the civil procedural legal status of minors as participants in a civil case

Загальна характеристика цивільного процесуального правового статусу малолітніх і неповнолітніх осіб як учасників цивільної справи

Piliak Nazar

Key words:

legal status, civil procedural legal status, minors, minors, subjective civil procedural law, legal civil procedural obligation, civil procedural interest.

Ключові слова:

правовий статус, цивільний процесуальний правовий статус, малолітні, неповнолітні, суб'єктивне цивільне процесуальне право, юридичний цивільний процесуальний обов'язок, цивільний процесуальний інтерес.

Постановка проблеми. Серед актуальних проблем науки цивільного процесуального права окреме місце, по праву, відводиться захисту прав малолітніх та неповнолітніх осіб при здійсненні правосуддя у цивільних справах. Вирішення окресленої проблематики передбачає, з поміж іншого, дослідження особливостей цивільних процесуальних правовідносин, учасниками яких виступають малолітні та неповнолітні особи, зокрема, через визначення специфіки їх процесуальної правосуб'єктності та процесуального правового статусу.

Зважаючи на викладене, **метою** цієї статті є визначення сутності, специфіки та змісту цивільного процесуального правового статусу малолітніх та неповнолітніх осіб як учасників цивільної справи.

Виклад основного матеріалу. У юридичній літературі зміст категорії «правовий статус» тлумачиться по-різному. Так, на думку О. Ф. Скакун, правовий статус особистості є системою закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов'язків, відповідальності, відповідно до яких індивід як суб'єкт права (тобто як такий, що має правосуб'єктність) координує свою поведінку у суспільстві. Структура правового статусу виявляється, на її погляд, у сукупності таких елементів, як: правосуб'єктність, права, свободи, обов'язки, відповідальність. При цьому остання має вторинний характер, оскільки реалізується у результаті скоєного правопорушення або у зв'язку з невиконанням компетенції чи перевищенням її обсягу¹.

Деякі інші вчені вважають, що правовим статусом є визнана Конституцією і законодавством сукупність прав та обов'язків суб'єктів, а також повноважень державних органів і посадових осіб, за допомогою яких вони виконують свої соціальні функції. У структурі правового статусу ці вчені виокремлюють: права та обов'язки, законні інтереси, правосуб'єктність, громадянство, юридичну відповідальність, правові принципи тощо².

Визначаючи юридичну природу та зміст правового статусу, ми розділяємо висловлену на доктринальному рівні позицію, відповідно до якої правовий статус формують, щонайменше, права та обов'язки особи. Сукупність останніх, водночас, складає юридичний зміст цивільних процесуальних правовідносин³.

Поряд із наведеним, не можна заперечувати також того, що тісний зв'язок із правами та обов'язками мають інтереси. У літературі останні розглядаються як юридично значимі й юридично виправдані дома-

¹ Скакун О.Ф. Теория государства и права: учебник. Х.: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. С. 409, 412.

² Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права: учеб.-метод. пособие. М.: НОРМА, 2003. С. 274-275; Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах: учеб.-метод. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 1997. С. 87-88.

³ Цивільний процес: навч. посіб. / К. В. Гусаров [та ін.]. Харків: Право, 2020. С. 54.

гання на соціальні блага, що не охоплюються безпосереднім змістом прав і свобод¹; потреби, які виявляються в діяльності з усвідомлення та реалізації цілей у суспільних відносинах²; дозволені нормативно-правовими актами прагнення особи до задоволення своїх потреб, до володіння тими чи іншими благами, соціальними цінностями, послугами³ тощо.

Спроба розкриття поняття «інтерес», свого часу робилася також Конституційним Судом України. Так, у пункті 1 резолютивної частини свого рішення від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) він визначив, що під охоронюваним законом інтересом слід розуміти прагнення до користування конкретним матеріальним та (або) нематеріальним благом, зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам⁴.

Вищенаведені доктринальні погляди, у поєднанні з позицією органу конституційної юрисдикції дозволяють нам стверджувати, що законні інтереси, поряд із суб'єктивними правами та обов'язками, виступають елементами правового статусу, в тому числі й цивільного процесуального, як одного з його підвидів.

Як відзначає С. С. Бичкова інститут цивільного процесуального правового статусу має спеціальний предмет правового регулювання, а також, інколи, відзначається відсильним характером правових норм, що його становлять. Значення цього інституту полягає, передусім, у тому, що він є системою правових норм, котрі визначають вид і міру можливої та обов'язкової поведінки учасників цивільного процесу, а також спрямованість їх прагнення на досягнення певного процесуального результату. Відтак, цивільний процесуальний правовий статус (у суб'єктивному розумінні) є невід'ємною властивістю будь-якого учасника цивільного процесу⁵. Його формують, за аналогією, цивільні процесуальні суб'єктивні права, цивільні процесуальні юридичні обов'язки та цивільний процесуальний інтерес⁶.

Стосовно неповнолітніх, як учасників процесу, слід відзначити, що особи віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають із відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена (ч. 2 ст. 47 ЦПК України).

Водночас, із аналізу змісту ст. 47 ЦПК України випливає, що малолітні і неповнолітні особи (навіть, якщо вони беруть участь у справах, які виникли з відносин, в яких вони особисто участі не брали) наділяються деякими спеціальними цивільними процесуальними правами та обов'язками. Зокрема, таким особам надається:

- 1) право безпосередньо або через представника чи законного представника висловлювати свою думку та отримувати його допомогу у висловленні такої думки;
- 2) право отримувати через представника чи законного представника інформацію про судовий розгляд;
- 3) право здійснювати інші процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки, передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Виходячи з викладеного, цивільний процесуальний правовий статус малолітніх та неповнолітніх, як учасників цивільних справ, можна класифікувати на загальний та спеціальний.

При цьому, загальним цивільним процесуальним правовим статусом малолітніх та неповнолітніх є сукупність загальних цивільних процесуальних прав, обов'язків та інтересів, якими вони наділяються як відповідні учасники цивільної справи. Його формують права та обов'язки учасників справи, передбачені ст. 43 ЦПК України, а також цивільні процесуальні права та обов'язки відповідного учасника цивільної справи, у статусі якого виступає малолітня або неповнолітня особа (позивач, відповідач, третя особа) та передбачені ст. ст. 49, 52, 53 ЦПК України.

¹ Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х т.: учеб. для вузов. / Отв. ред. М. Н. Марченко. М.: Зерцало, 1998. Т. 1. С. 265.

² Бірюков І. Інтерес і суб'єктивне цивільне право. *Право України*. 2004. № 8. С. 20

³ Теорія держави і права: навч. посіб. / Упоряд. Л. М. Шестопалова. К.: Прецедент, 2004. С. 154

⁴ Рішення Конституційного суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.

⁵ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: монографія. К.: Атіка, 2011. С. 6.

⁶ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03.. К., 2011. С. 84.

Так, зокрема, якщо малолітня або неповнолітня особа виступає у цивільному процесуальному статусі позивача, вона відповідно до ч. 2, 3 ст. 49 ЦПК України крім прав та обов'язків, визначених у ст. 43 ЦПК України, має право:

- 1) відмовитися від позову (всіх або частини позовних вимог) на будь-якій стадії судового процесу;
- 2) збільшити або зменшити розмір позовних вимог до закінчення підготовчого засідання або до початку першого судового засідання, якщо справа розглядається в порядку спрощеного позовного провадження;
- 3) до закінчення підготовчого засідання змінити предмет або підстави позову шляхом подання письмової заяви. У справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження, зміна предмета або підстав позову допускається не пізніше ніж за п'ять днів до початку першого судового засідання у справі.

Якщо ж малолітня або неповнолітня особа виступає у цивільному процесуальному статусі відповідача, вона відповідно до ч. 2 ст. 49 ЦПК України, крім прав та обов'язків, визначених у ст. 43 ЦПК України, має право:

- 1) подати зустрічний позов у строки, встановлені ЦПК України;
- 2) визнати позов (всі або частину позовних вимог) на будь-якій стадії судового процесу.

Варто зауважити, що поряд із справами позовного провадження, малолітні або неповнолітні можуть бути учасниками справи в інших провадженнях цивільного судочинства і, відповідно, набути у справах окремого провадження цивільного процесуального статусу заявника та заінтересованої особи, а у справах наказного провадження – статусу стягувача та боржника.

Як слушно відмічає Г. В. Чурпіта, учасники справ непозовного цивільного судочинства (окремого та наказного провадження), характеризуються:

- 1) юридичною заінтересованістю в розгляді справи, спрямованою на отримання тих благ, які опосередковуються охоронюваними законом (законними) інтересами та (або) безспірними суб'єктивними правами, що впливають зі змісту чітко визначених цивільним процесуальним та (або) матеріальним законом правовідносин;
- 2) вчиненням дій, спрямованих на виникнення, розвиток і припинення цивільного судочинства (процесуальних дій), з урахуванням процесуальних обмежень, встановлених законом⁷.

Заявник є одним із головних суб'єктів, які беруть участь у справах окремого провадження. Законодавець не надає дефініції зазначеного учасника цивільного процесу, що зумовлює наявність достатньо великої кількості варіацій наукової думки з цього приводу⁸.

Так, С. Я. Фурса характерними рисами заявника у справах окремого провадження називає: а) необхідність судового підтвердження обставин, без яких заявник позбавлений можливості здійснити свої права; б) порушення справи для захисту його охоронюваних законом інтересів, якщо відсутній спір про право; в) його особисту процесуальну та матеріально-правову заінтересованість у справі, яка виявляється як у поширенні на нього всіх правових наслідків судового рішення, що набрало законної сили, так і в обов'язковому правовому зв'язку встановленого судом факту (обставини) з охоронюваним законом інтересом заявника та його правом; г) покладення на заявника судових витрат⁹.

Отже, якщо малолітні або неповнолітні особи набувають у цивільному процесі процесуального статусу заявника, при відкритті судом справи окремого провадження, вони відповідно до ч. 8 ст. 49 ЦПК України наділяються правами та обов'язками сторін, крім випадків, передбачених у розділі IV ЦПК України.

Зрозуміло, що відповідну норму слід тлумачити не буквально, а адаптувавши її до спеціальної юридичної процедури розгляду справ в порядку окремого провадження. Виходячи з цього, можна стверджувати, що заявник у справах окремого провадження має право відмовитися від заявленої вимоги, змінити її предмет чи підставу тощо.

Ще одними учасниками справ окремого провадження є заінтересовані особи – особи, на права, свободи чи інтереси яких може вплинути ухвалене у справах окремого провадження судове рішення. Якщо малолітні або неповнолітні особи набувають у цивільному процесі процесуального статусу заінтересованих осіб, то вони набувають тотожного із сторонами позовного провадження процесуального статусу. Незважаючи на специфіку непозовного цивільного судочинства та мету участі у відповідних справах заінтересованих осіб, законодавець наділив їх тотожним зі сторонами у позовному провадженні цивільним процесуальним статусом: вони мають усі загальні права учасників справи, а також спеціальні цивільні процесуальні права та обов'язки сторін, визначені ЦПК України, за винятками, встановленими законом.

⁷ Чурпіта Г. В. Концептуальні засади захисту сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Чурпіта. К., 2016. С. 162.

⁸ Чурпіта А. Процессуальный статус заявителей и взыскателей по делам о защите семейных прав и интересов, которые рассматриваются в порядке неискового гражданского судопроизводства. *Leges et iura*. 2015. № 9/2 (285). С. 101.

⁹ Цивільний процес України. Академічний курс: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / С.Я. Фурса [та ін.]. За ред. С. Я. Фурси. К.: Вид. Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 520.

Стосовно цивільного процесуального правового статусу стягувача, то він є тотожним відповідному статусу заявника у справах окремого провадження з єдиною відмінністю: всі спеціальні цивільні процесуальні права стягувач реалізує щодо заяви про видачу судового наказу. У свою чергу, боржник, так само, як і інші учасники справ непозовного цивільного судочинства, наділяється загальними цивільними процесуальними правами учасників справи. Водночас спеціальним цивільним процесуальним правом боржника є право на подання заяви про скасування судового наказу (ч. 1 ст. 170 ЦПК України), а законний цивільний процесуальний інтерес, відповідно, в отриманні ухвали суду про скасування судового наказу.

Натомість, спеціальним цивільним процесуальним статусом малолітніх та неповнолітніх осіб виступає сукупність спеціальних цивільних процесуальних прав, обов'язків та інтересів, якими вони наділяються як неповнолітні або малолітні учасники цивільної справи. Вказані права та обов'язки, як вже зазначалось вище, перелічені у ст. 45 ЦПК України.

З метою реалізації спеціального цивільного процесуального статусу малолітніх та неповнолітніх осіб на суд покладаються додаткові обов'язки. Зокрема, суд має роз'яснити малолітній або неповнолітній особі її права та можливі наслідки дій її представника чи законного представника у разі, якщо за віком вона може усвідомити їх значення. Також суд має сприяти створенню належних умов для здійснення малолітньою або неповнолітньою особою її прав, визначених законом та передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (ч. 2, 3 ст. 45 ЦПК України).

Висновки. Таким чином, елементами цивільного процесуального правового статусу виступають процесуальні права, обов'язки та законні інтереси учасників цивільних процесуальних правовідносин. Особливістю цивільного процесуального правового статусу малолітніх та неповнолітніх осіб, як учасників цивільної справи, є його диференціація на два типи: загальний та спеціальний. Перший (загальний) являє собою сукупність загальних цивільних процесуальних прав, обов'язків та інтересів, якими малолітні та неповнолітні особи наділяються як учасники цивільної справи та закріплені у статтях 43, 49, 53, 54 ЦПК України. Другий (спеціальний) формує сукупність спеціальних цивільних процесуальних прав, обов'язків та інтересів, якими вони наділяються як неповнолітні або малолітні учасники цивільної справи. Останні містяться у положеннях ст. 45 ЦПК України.

Анотація.

У статті на основі аналізу доктринальних джерел та положень Цивільного процесуального кодексу України досліджено зміст та специфіку цивільного процесуального правового статусу малолітніх та неповнолітніх осіб як учасників цивільної справи. Визначено, що елементами останнього виступають процесуальні права, обов'язки та законні інтереси. Встановлено, що особливістю цивільного процесуального правового статусу малолітніх та неповнолітніх осіб, як учасників цивільної справи, є його диференціація на два типи: загальний та спеціальний. Надано змістовну характеристику кожному з окреслених типів цивільного процесуального правового статусу.

Abstract.

The article, based on the analysis of doctrinal sources and provisions of the Civil Procedure Code of Ukraine, examines the content and specifics of the civil procedural legal status of minors as participants in a civil case. Procedural rights, responsibilities and legitimate interests have been identified as elements of the latter. It is established that the peculiarity of the civil procedural legal status of minors as participants in a civil case is its differentiation into two types: general and special. A meaningful description of each of the outlined types of civil procedural legal status is given.

References:

1. Скакун О.Ф. Теория государства и права: учебник. Х.: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. 704 с.
2. Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права: учеб.-метод. пособие. М.: НОРМА, 2003. 448 с.
3. Малько А. В. Теория государства и права в вопросах и ответах: учеб.-метод. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 1997. 197 с.
4. Цивільний процес: навч. посіб. / К. В. Гусаров [та ін.]. Харків : Право, 2020. 390 с.
5. Общая теория государства и права: Академический курс в 2-х т.: учеб. для вузов. / Отв. ред. М. Н. Марченко. М. : Зерцало, 1998. Т. 1. 324 с.
6. Бірюков І. Інтерес і суб'єктивне цивільне право. *Право України*. 2004. № 8. С. 18-20.
7. Теорія держави і права: навч. посіб. / Упоряд. Л. М. Шестопалова. К.: Прецедент, 2004. 224 с.
8. Рішення Конституційного суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.
9. Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: монографія. К. : Атіка, 2011. 420 с.

10. Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03.. К., 2011. 519 с.

11. Чурпіта Г. В. Концептуальні засади захисту сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Чурпіта. К., 2016. 479 с.

12. Чурпіта А. Процессуальный статус заявителей и взыскателей по делам о защите семейных прав и интересов, которые рассматриваются в порядке неискового гражданского судопроизводства. *Legea și viața*. 2015. № 9/2 (285). С. 100-104.

13. Цивільний процес України. Академічний курс: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / С.Я. Фурса [та ін.]. За ред. С. Я. Фурси. К. : Вид. Фурса С. Я.: КНТ, 2009. 848 с.

Piliak Nazar,

Postgraduate Student at the Department of Civil Law and Procedure

National Academy of Internal Affairs (Kyiv, Ukraine)

e-mail: pilaknazar709@gmail.com

ORCID ID: 0000-0001-6859-2434

Development of the institute of exemption from punishment for illness in the historical and legal aspect during the period from the 1750s to the 1910s on the territory of modern Ukraine

Розвиток інституту звільнення від покарання за хворобою у історично-правовому аспекті в період з 1750-х років до 1910-х років на території сучасної України.

Polishchuk Nazariy

Key words:

exemption from punishment, release to illness, historical aspect of release to illness, illness of a convict in the 19th century, illness of a convict in the early 20th century, illness of a convict in the prisons of imperial Russia.

Ключові слова:

звільнення від покарання, звільнення за хворобою, історичний аспект звільнення за хворобою, хвороба у засудженого в 19 столітті, хвороба у засудженого на початку 20 століття, хвороба у засудженого в тюрмах царській Росії.

Постановка проблеми: Загальновизнано, що будь-яке соціальне або правове явище доцільно вивчати в його історичному розвитку, тільки в цьому випадку можна прослідкувати тенденції та закономірності досліджуваного явища, прогнозувати його розвиток. Саме цими обставинами визначається необхідність вивчення історичних передумов появи досліджуваного інституту у вітчизняному кримінальному законодавстві. Вивчення основних етапів становлення і розвитку інституту звільнення від покарання через хворобу дозволить виявити властиві йому позитивні аспекти, які можуть бути використані в сучасній законотворчій і правозастосовчій діяльності.

Стан дослідження. Дослідженням особливостей звільнення від покарання за хворобою займалися свого часу відомі вчені у галузі кримінального права та кримінології, а саме: О.О. Алфімова, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, Б.А. Спасенников, Б. О. Кириць, В. А. Клименко, А. С. Михлин, А.А. Музика, Ю.А. Пономаренко, М.В. Романов, Ю. М. Ткачевский, В.В. Скибицький, М.І. Хавронюк, Л.В. Яковлева та інші.

Мета статті є вивчення, аналіз та порівняння норм права, які передбачили звільнення, пом'якшення, скасування або припинення покарання у зв'язку з хворобою засудженого у період з 1750-х років до 1910-х років, які діяли на території сучасної України.

Виклад основних положень. Інститут звільнення від покарання через хворобу пройшов в своєму історичному розвитку досить тривалий шлях. Передумовами появи даного інституту в Україні з'явилася сама тюрмна система, яка перебувала вкрай занедбаному стані і вимагала корінних перетворень, в тому числі і з питань медичного обслуговування хворих в'язнів. Загальною проблемою практично всіх в'язниць в ХУШ-ХІХ століттях в Російській імперії (до якої того часу відносилось більшість земель сучасної України) була відсутність тюрмних лікарень, на що свого часу звертав увагу російський вчений-тюрмовед М.Н. Гернет. Так, в описі симбирського острогу вказується на відсутність місць для ізоляції хворих арештантів, які перебували в одних приміщеннях зі здоровими¹. За спостереженнями його сучасника В. Кокса, «... допомога хворим арештантам була поставлена дуже слабо, хворі продовжували залишатися разом з іншими засудженими, і тільки заразні переводилися в Москву в спеціальний барак ...»². У доповідних записках ревізорів в'язниць також вказувалося на «змішання здорових і хворих арештантів, відсутність тюрмних лікарень».

¹ Гернет, М.Н. История царской тюрьмы (1762-1825 гг.). В 5 т. - 2-е изд., перераб. и доп. -Т. 1. -М.: Юрид. лит., 1951 с. 273-274, с. 68-70

² Тюрми и госпиталь в России в XVIII столицах за спостереженнями В. Кокса // Русская старина. - 1907 г. Тюрми и госпиталь в России в XVIII столицах за спостереженнями В. Кокса // Русская старина. - 1907 г. с. 25

У цей період в Росії були зроблені спроби до змін тюремного устрою в цілому і медичного питання зокрема, проте прийняті законопроекти «виходили з повного заперечення російської дійсності» і не збігалися з фактичним станом каральної системи¹. Так, проект Катерини II про пристрій в'язниць 1787 передбачав створення тюремних лікарень «з ліжками, з трьома змінами білизни на них, з медичними халатами і ковпаками ..., з дзвіночками для виклику лікарського персонала». Однак таких умов, на думку М.Н. Гернета, тюремна система зазначеного періоду та ув'язнені не дочекалися ні від самої Катерини, ні від всіх її наступників, а самі засудженні тисячами вмирали в сирих казематах від голоду і холоду, тортур і катувань¹.

Спроба тюремної реформи щодо поліпшення медичної допомоги хворим ув'язненим містилася в циркулярі від 5 листопада 1864 «Про усунення надмірної тісноти в тюрмах», зміст якого в зв'язку з переповненням тюремних лікарень пропонував переводити хворих арештантів крім тюремних лікарень, також і в міські³. Циркуляр Головного тюремного управління 2 травня 1880 року звертав увагу губернаторів на «відділення заразних хворих від здорових в місцях позбавлення волі»⁴. Пізніше, в циркулярі від 8 липня 1910 року «Про боротьбу з туберкульозом в тюрмах», Головним тюремним управлінням було рекомендовано не відправляти хворих ув'язнених на етапи в холодну погоду, з огляду на незадовільний стан карцерів поміщати в них хворих з крайньою обережністю з дозволу лікаря; відділяти хворих в особливі камери в залежності від стадії сухот; призначати їх на роботи, що не пов'язані з виділенням пилу і відповідно до силами хворого. Лише щодо найбільш слабких було рекомендовано дозволяти знімати з них кайдани на певний час або до їх ви здоровлення⁴. Однак, за спостереженнями М.Н. Гернета, зазначені рекомендації існували тільки на папері: хворі працювали в пилу і вмирали в кайданах⁴.

Прийняття зазначених відомчих актів мало змінило ситуацію з пристроєм спеціальних тюремних лікарень в Росії, їх як і раніше було дуже мало, про що свідчить звіт по Головному тюремному управлінню за 1893 рік, в якому зазначалося, що «вимоги гігієни і санітарії не могли бути виконані при тодішньому стані тюремних будівель, незадовільний стан яких ставив все тюремне населення в небезпечні для здоров'я і життя умови»⁵.

Крім того, в кінці XIX - початку XX століття для «тюремної медицини» було характерно явне небажання адміністрацій тюрем і департаменту поліції переводити хворих ув'язнених в тюремні лікарні навіть при наявності рекомендацій тюремного лікаря, а також недовірливе ставлення до огляду хворих лікарями-фахівцями. Звернення засуджених за лікарською допомогою часто було безнадійною справою, так як нерідко тяжко хворі зараховувалися в «симулянти» і потрапляли замість лікарні під в карцер⁶. Так, в своєму протесті ув'язненні Шлиссельбургської каторжної в'язниці в 1913 р висунули адміністрації в'язниці вимоги для «поліпшення постановки проблеми медичної допомоги, ізоляції хворих від здорових в окремі камери, а також висилку туберкульозних в південні в'язниці»⁷.

Таким чином, для пенітенціарної системи другої половини XVIII- початку XX століть було характерно утримання хворих ув'язнених, страждаючих важкими захворюваннями (туберкульоз, тиф, цинга, холера та ін.), спільно зі здоровими, а також відсутність необхідної кількості тюремних лікарень, що в свою чергу спричиняло високий рівень смертності серед ув'язнених. Переведення хворих в тюремні лікарні не супроводжувався при цьому їх звільненням від подальшого тюремного ув'язнення.

Таким був фактичний стан тюремної системи Росії, до якої в той час належали землі сучасної України, в науковому середовищі вже тоді обговорювалися прогресивні ідеї про необхідність створення спеціальних в'язниць «для калік, немічних і хворих арештантів». Так, російський вчений-тюрмовед І.Я. Фойницький вважав, що поміщення хворих разом зі здоровими ув'язненими шкодить «правильному ходу тюремної діяльності», а також інтересам здорових в'язнів. Зайняте іншими поточними питаннями, тюремне начальство, на його думку, не звертало на хворих належної уваги, тому в особливих місцях тримання хворих ув'язнених повинні були більше звертати увагу на санітарні умови і приймати на себе турботу по відшуканню таких занять, які б підходили для арештантам даної категорії⁸. Вказуючи на необхідність створення спеціальних в'язниць для хворих в'язнів, І.Я. Фойницький приводив не тільки медичні протипоказання спільного тримання хворих і здорових арештантів, але і відзначав яку шкоду завдають інтересам хворих арештантів, причинами якого, на думку вченого, могли бути, по-перше, непристосованість загальних в'язниць до відповідних умов відбування покарання хворими ув'язненими; по-друге, відсутність належних санітарних умов⁸. Крім питань про «тюремну гігієну» важливе значення І.Я. Фойницький приділяв і порядку

³ Гернет, М.Н. История царской тюрьмы (1825-1870). В 5 т. - Т. 2. - М.: Юрид. лит., 1951. - С.66.

⁴ Гернет, М.Н. История царской тюрьмы (1870-1900). В 5 т. - Т. 3. - М.: Юрид. лит., 1952 - С.32. с. 33, с.34

⁵ Гогель, С. Отчет по Главному тюремному управлению за 1893 год / С. Гогель // Журнал Министерства Юстиции. - 1895. - № 10. - с.207

⁶ Гернет, М.Н. История царской тюрьмы. Петропавловская крепость. (1900-1917). В 5 т. - Т. 4. - М.: Юрид. лит., 1962. - С. 36-37.

⁷ Гернет, М.Н. История царской тюрьмы. Шлиссельбургская каторжная тюрьма и Орловский каторжный централ. 1907-1917. - Т. 5. - М.: Юрид. лит., 1963 - с. 52-53

⁸ Фойницький, І.Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. - М.: «Добросовет 2000. Городец», 2000. - с. 401-404.

утримання хворих ув'язнених, вказуючи, що тюремні лікарні краще розміщувати окремо від усіх інших тюремних будівель, а перебування в них ув'язнених має зараховуватись до загального терміну покарання і «тільки удавані хвороби» повинні викликати проти себе репресивні заходи у вигляді поміщення «удаваних хворих» в поодинокі кімнати. Він вважав неможливим застосування одиночного ув'язнення по відношенню до хворих і немічних арештантів, так як це могло привести до «сумних результатів». Крім того, вчений пропонував влаштувати особливі місця тримання з роботами на відкритому повітрі, де б відбували покарання особи, «які страждають фізичними хворобами, яким загрожує швидкий критичний розвиток хвороби через життя під замком, але які тим часом не роблять їх неспосібними в повній мірі до робіт на відкритому повітрі»⁸. Аналогічну думку висловлював і В. Спасовіч, відзначаючи, що у в'язницях повинно враховуватись «відмінності в стані здоров'я злочинців», і звертаючи увагу на те, що «... зовсім іншого поводження вимагають злочинці здорові і сильні, злочинці по слабкості і каліцтва нездатні до робіт і злочинці, що носять в собі зародок хвороб психічних».

Іншою не менш важливою проблемою для царської тюремної системи в розглянутий період було спільне утримання в тюрмах душевно хворих ув'язнених з психічно здоровими, що також стало предметом обговорення в науці і приводом до прийняття ряду законів Царським урядом. Так, в в'язниці Суздальського монастиря в загальних камерах утримувались душевнохворі і психічно здорові арештанти, незважаючи на те, що за Указом Катерини II від 1767 року в ній повинні були міститися тільки душевнохворі злочинці. Згідно з дослідженнями М.Н. Гернета, найтяжчі душевнохворі арештанти залишалися в зазначеній в'язниці, незважаючи на всю очевидність їх божевілья, на тяжкість їх сусідства для нормальних арештантів, на труднощі їх перебування у в'язниці для адміністрації; а перевід душевнохворих в лікарні був рідкісним явищем і обставлявся різними пересторогами³. Аналогічна практика спільного утримання душевнохворих і здорових ув'язнів існувала аж до початку ХХ століття в багатьох в'язницях царської Росії (Шлиссельбургська і Петропавлівська фортеця, монастирська в'язниця на Соловках і ін.).

Більш активно розглянута проблема стала обговорюватися вченими правознавцями в другій половині ХІХ століття. На п'ятому міжнародному пенітенціарному конгресі юристи підняли питання про заснування «спеціальних закладів, в'язниць або лікарень» для «обвинувачених, які визнані судом психічно ненормальними, чи обвинувачених, які зійшли з розуму після вироку, яких небезпечно випустити і які потребують особливої гігієни і, з усіх міркувань людяності, не повинні бути змішуваними з іншими». У результаті обговорення конгрес прийшов до рішення про необхідність створення «особливих притулків або особливих відділень, куди серед інших осіб за ухвалою суду повинні поміщатись засуджені, які втратили зоровий глузд під час відбуття покарання»¹.

На необхідність створення спеціальних установ в тюремній системі для психічно хворих ув'язнів і роздільне утримання останніх з психічно здоровими ув'язненими вказували такі вчені, як А.А. Жижиленко, І.Я. Фойницький, С.В. Познишев, М.М. Гернет та інші². Визнання необхідності відділення психічно хворих засуджених і створення для них спеціальних умов утримання стало однією з передумов виникнення інституту звільнення від покарання в зв'язку з психічним розладом. Так, І.Я. Фойницький вважав, що поміщати душевнохворих засуджених після посвідчення у них душевної хвороби в місцях позбавлення волі з іншими засудженими «несправедливо і вкрай незручно для правильного ходу тюремної діяльності». [8, с. 404] У зв'язку з цим вчений пропонує як оптимальний варіант створення спеціальних установ для душевнохворих, оскільки вважає, що поміщення останніх в «загальні божевільні» представляє для них незручність, так як для попередження втеч душевнохворих потрібно вживати особливих заходів, які не завжди можливі в загальних лікарнях. Разом з тим, досліджуючи досвід подібних закладів в Англії, вчений вважав, що устрій «особливих центральних притулків», де знаходилися б душевнохворі з усіх тюрем, становить небезпеку скупчення таких осіб і їх матеріально дорогою зважаючи на велике число персоналу.

Розглядаючи поміщення душевнохворих в особливі відділення при в'язницях, де вони раніше містилися, І.Я. Фойницький вважав, що в такому випадку менше часу і витрат йде на переміщення ув'язнів, а саме лікування можна почати на ранніх стадіях захворювання. Однак в якості мінусів такої системи вчений наводив погану оснащеність зазначених відділень спеціальними засобами і умовами, необхідними для успішного лікування; залежність лікарського персоналу від тюремної адміністрації; негативний вплив тюремного режиму на лікарняні умови засуджених, чого немає при приміщенні в загальні божевільні. Крім того, в якості можливого виходу автор пропонував організацію особливих відділень для душевнохворих арештантів в «будинках для престарілих і калік», відмітивши, що така система не апробована, однак має підтримку з боку лікарів. В такому перетворенні тюремної системи, на думку І.Я. Фойницького, виявлялася «ідея милосердя» і «потреба людинолюбства»⁸.

¹ Закревский, И.П. Пятый международный пенитенциарный конгресс / И.П. Закревский // Журнал Министерства юстиции. - 1895. - №10. - С. 137.

² Жижиленко, А.А. Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств. - Петроград: Типография «Правда», 1914- С.321.

Прогресивність ідей вчених-правознавців і досвід тюремного устрою зарубіжних країн не могли не відбитися і на вітчизняному кримінальному законодавстві XIX століття. На слушне міркування І. Я. Фойницького, особливу роль в цьому процесі зіграло і загальне «пом'якшення моралі» в російській державі і відповідно торкнулось і земель сучасної України, які на той момент входили в склад імперії, що також торкнулося існуючої в той час системи покарань⁸.

Під впливом гуманістичних ідей, які відіграли головну роль у поступовій відмові від найбільш тяжких покарань, в «Уложенні про покарання кримінальних та виправних» 1845 року була закріплена норма про звільнення від тілесного покарання і заміни його іншим в силу невиліковної хвороби злочинця. Так, в ст. 93 Уложення говорилося, що «злочинці, одержимі такими невиліковними хворобами, в яких вони не можуть, без явної небезпеки для їхнього життя, бути піддані покаранням тілесним, звільняються від покарання батогами, різками або палицями, і ті з них, які за родом і ступеня провини підлягали б разом з цим покаранням ще іншому, засуджуються лише до цього останнього; а ті, яких слід було б піддати тільки одному тілесному покаранню, присуджуються замість того, або ж до утримання в тюрмі на час, обумовлений судом на його розсуд. Пологи і види пов'язаних з цих хвороб означені в особливій, затвердженій постанові Медичної Ради МВС»³.

Н.Д. Сергіївський при аналізі існуючих раніше видів кримінальних покарань писав, що чинне на той час законодавство встановлювало цілий ряд правил для заміни покарань, але головним мотивом заміни по закону була «явна неможливість застосувати ординарне покарання». На думку вченого, в Уложенні 1845 року існувало кілька спеціальних підстав заміни одного покарання іншим, в числі яких була і хвороба засудженого⁴.

Відповідно до ст.93 Уложення 1845 року заміна покарання означала застосування до злочинця покарання, яке відрізнялось від призначеного за дане діяння по роду чи виду, але однакового за суворістю. Така заміна була можлива по ряду причин, в результаті дії яких застосування в конкретному випадку покарання було несправедливим або жорстоким, при цьому поведінка особи не враховувалася. В число таких причин входили, зокрема, обставини, пов'язані з фізичною неможливістю застосування до даного злочинця призначеного судом покарання⁵. Н.С. Таганцев писав, що під фізичною через непридатність тілесного покарання розумілася важка і невиліковна хвороба злочинця, яка ускладнювала виконання так званих особистих покарань («падаючих на фізичну особу»).

Таким чином, ст.93 Уложення 1845 року не передбачала повного (остаточного) звільнення від покарання у зв'язку з хворобою злочинця, а лише закріплювала можливість заміни тілесного покарання на покарання, з пов'язаного з ізоляцією від суспільства (поміщення в робочому будинку або в'язниці).

Необхідно відзначити, що прийнятий в 1832 році «Статут про засланих» передбачав непрацездатність («нездатність ні до якої роботи») засудженого до каторжної роботи в якості підстави для заміни посилання на каторгу укладенням в сибірські тюрми⁸. Так, заслани, які при засвідченні «виявляться мають понад 60 років або нездатними до роботи по малярству, каліцтву або хвороб, відраховуються в розряд старезних і розподіляються: заслани на вільне проживання або в благоорудному закладу, а каторжні - по тюрмах сибірського краю, де вони містяться протягом від одного до трьох років, в кайданах ручних і ножних, або тільки ножних або без кайданів, дивлячись по терміну, на який вони засуджені, після чого вони перебувають в званні засланих-поселенців (ст.251, 252 3 № III продовження до статуту про посилання.; Ст.595 статуту Про засланих.)»⁶. Відповідно до ст.ст. 592-602 Статуту про засланих 1832 року ув'язнені, заслани на каторжні роботи, «звичайно вибували з робіт або за нездатністю до робіт, причому з ними поводитись як з немічними, або після закінчення термінів»¹⁴. Як виправне покарання Уложення 1845 року передбачало віддачу в виправні арештантські роти цивільного відомства. В. Спасовіч відзначав, що «роботи в ротах вимагали значного фізичного здоров'я, тому в арештні роти віддавалися не всі злочинці, а тільки ті, які відповідали наступним умовам: чоловіки повнолітні, що мають від 21 до 60 років (152 ст. Вул. по 2 № IV прод.), що засвідчують при медичному огляді їх придатними до робіт, по зросту, тілобудові і відсутність особливих тілесних недоліків (1005 ст. і дод. до 1008 ст. уст. про сприяння з. під стр.)»¹⁴. Крім того, для жінок і чоловіків, які не спосібні по старості, дряхлості чи з інших причин до робіт в арештних ротах, вказане покарання замінювалося ув'язненням в робочі будинки на ті ж терміни, а ті, що вибули з арештних рот раніше терміну в зв'язку з непрацездатністю, містилися до закінчення терміну в міській в'язниці¹⁴.

Кримінальне Уложення 1903 року не передбачало звільнення від покарання або його заміну в зв'язку з хворобою, а містило лише положення про неосудних в момент скоєння злочину, що визнавалося обставиною, що виключають злочинність діяння (ст.39 справжнього Уложення)⁷.

³ Российское законодательство X-XX веков. Законодательство первой половины XIX века. -М.: Юрид. лит., 1988.-Т. 6.- с. 431.

⁴ Сергеевский, Н.Д. Русское уголовное право : пособие к лекциям. - СПб.: Типолитография Х.Ш. Гельперн, 1989.- с. 240.

⁵ Яковлева, Л.В. Институты освобождения от уголовной ответственности и наказания в российском праве / Л.В. Яковлева // История органов внутренних дел России : сборник научных трудов. - Вып. 2. - М.: ВНИИ МВД РФ, 1999. . - с. 16.

⁶ Спасович, В. Учебник Уголовного права. - Т. 1. - Вып. 1. - М.: Типография И. Огризко, 1963. - с. 363-364.

⁷ Российское законодательство X-XX веков. Законодательство эпохи буржуазно-демократической революции. - Т. 9. - М.: Юрид. лит., 1994. - с. 43.

Таким чином, кримінальне законодавство XIX століття в якості правової підстави звільнення від тілесного покарання (батоги, різки, палиці) передбачало неможливість застосування даного покарання до злочинця в силу явної небезпеки для його життя. Медичним підставою звільнення від тілесних покарань була невиліковна хвороба злочинця. У той же час правовою підставою звільнення від покарань, пов'язаних з обставиною залученням засуджених до праці (каторжні роботи, виправні арештантські роти) була неможливість використання фізично нездорових засуджених в таких роботах, тобто неможливість експлуатації їх трудових навичок при виконанні покарання. Медичним підставою звільнення від зазначених видів покарань була непридатність («непридатність до робіт») засудженого, викликана різними каліцтвами або хворобами. Однак ні по відношенні особистих (тілесних) покарань, ні по відношенні покарань, пов'язаних із залученням засуджених до праці, звільнення в зв'язку з хворобою не було остаточним, так як зазначені види покарань підлягали заміні на інші покарання (ув'язнення в робочі будинки і різні в'язниці).

Каральна політика держави, яка проводиться аж до кінця XIX століття, дозволяла звільняти злочинців в зв'язку з їх хворобою від найбільш тяжких покарань, що свідчило про вплив гуманістичних ідей, що виявилися в прояві «милосердя» до хворих злочинців, а також про те, що прагнучи використовувати дешеву арештантську працю, держава відмовлялася від неї тільки в тих випадках, коли ув'язнений втрачав «будь-яку здатність до робіт».

Організаційно-правовими передумовами появи інституту звільнення від покарання в зв'язку з хворобою до кінця XIX століття виступали: виділення хворих ув'язнених в особливу категорію, яка потребує спеціальних умов утримання, відмінних від змісту здорових ув'язнених і визнання необхідності роздільного тримання душевнохворих ув'язнених від психічно здорових; а також видання законів Царського Уряду про заснування спеціальних тюремних лікарень для ув'язнених.

Необхідність створення спеціальних лікувальних установ для ув'язнених, які страждають психічними і іншими захворюваннями, в кінці XIX століття була зумовлена такими обставинами: а) знаходження хворих ув'язнених в звичайних в'язницях, не призначених для їх тримання перешкоджало застосуванню щодо останніх карально виправного впливу покарання, в основі якого лежала праця засуджених; б) тримання хворих ув'язнених в одних в'язницях зі здоровими сприяло більшому поширенню захворюваності серед ув'язнених, що спричиняло додаткові витрати для тюремної системи і втрати в числі тих, хто був здатний до каторжних робіт.

Анотація.

В даній статті розглянуто підстави, умови, моделі та механізми звільнення від покарання, звільнення від відбування покарання, пом'якшення, скасування або припинення покарання у зв'язку з психічним розладом або у зв'язку з іншою хворобою у засудженого у період з 1750-х років до 1910-х років, які діяли на території сучасної України. В даному дослідженні розглянуто механізми та умови за яких засуджений з психічною хворобою міг бути звільнений від покарання у вказаний історичний період на території сучасної України. Проведено аналіз від яких саме покарань можливе було таке звільнення та які наслідки таке звільнення за собою тягло.

Summary.

This article discusses the grounds, conditions, models and mechanisms of exemption from punishment, release from serving a sentence, alleviation, abolition or abolition or termination of a sentence for mental illness or in connection with another illness of a convict in the period from 1750 x years to 1910x, which operated on the territory of modern Ukraine. This study examines the mechanisms and conditions under which a convict with a mental illness could be exempted from punishment during this historical period in modern Ukraine. An analysis was made of the punishment from which such an exemption was possible and the consequences of such release.

References:

1. Гернет, М.Н. История царской тюрьмы (1762-1825 гг.). В 5 т. - 2-е изд., перераб. и доп. -Т. 1. -М.: Юрид. лит., 1951. -327 с. URL http://ek.nlu.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_01/cgiirbis_64.exe?C21COM=S&I21DBN=IBIS&P21DBN=IBIS&S21FMT=infow_wh&S21ALL=%28%3C.%3EA%3D%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82,%20%D0%9C.%20%D0%9D.%3C.%3E%29&Z21ID=&S21SRW=AVHEAD&S21SRD=&S21STN=1&S21REF=10&S21CNR=20
2. Тюрми и госпиталь в России в XVIII столицах за спостереженцами В. Кокса // Русская старина. - 1907 г. – 701 с. URL <https://runivers.ru/lib/book4646/580312/>
3. Гернет, М.Н. История царской тюрьмы (1825-1870). В 5 т. - Т. 2. - М.: Юрид. лит., 1951. - 547 с. URL http://ek.nlu.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_01/cgiirbis_64.exe?C21COM=S&I21DBN=IBIS&P21DBN=IBIS&S21FMT=infow_wh&S21ALL=%28%3C.%3EA%3D%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82,%20%D0%9C.%20%D0%9D.%3C.%3E%29&Z21ID=&S21SRW=AVHEAD&S21SRD=&S21STN=1&S21REF=10&S21CNR=20
4. Гернет, М.Н. История царской тюрьмы (1870-1900). В 5 т. - Т. 3. - М.: Юрид. лит., 1952. - 400 с. URL http://ek.nlu.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_01/cgiirbis_64.exe?C21COM=S&I21DBN=IBIS&P21DBN=IBIS&S21FMT=infow_wh&S21ALL=%28%3C.%3EA%3D%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82,%20%D0%9C.%20%D0%9D.%3C.%3E%29&Z21ID=&S21SRW=AVHEAD&S21SRD=&S21STN=1&S21REF=10&S21CNR=20

28%3C.%3EA%3D%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82,%20%D0%9C.%20%D0%9D.%3E%29&Z21ID=&S21SRW=AVHEAD&S21SRD=&S21STN=1&S21REF=10&S21CNR=20

5. Гогель, С. Отчет по Главному тюремному управлению за 1893 год / С. Гогель // Журнал Министерства Юстиции. - 1895. - № 10. - С.204-214. URL http://ek.nlu.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_01/cgiirbis_64.exe?C21COM=S&I21DBN=IBIS&P21DBN=IBIS&S21FMT=infow_wh&S21ALL=%28%3C.%3EA%3D%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82,%20%D0%9C.%20%D0%9D.%3E%29&Z21ID=&S21SRW=AVHEAD&S21SRD=&S21STN=1&S21REF=10&S21CNR=20

6. Гернет, М.Н. История царской тюрьмы. Петропавловская крепость. (1900-1917). В 5 т. - Т. 4. - М.: Юрид. лит., 1962. - 302 с. URL http://ek.nlu.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_01/cgiirbis_64.exe?C21COM=S&I21DBN=IBIS&P21DBN=IBIS&S21FMT=infow_wh&S21ALL=%28%3C.%3EA%3D%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82,%20%D0%9C.%20%D0%9D.%3E%29&Z21ID=&S21SRW=AVHEAD&S21SRD=&S21STN=1&S21REF=10&S21CNR=20

7. Гернет, М.Н. История царской тюрьмы. Шлиссельбургская каторж-ная тюрьма и Орловский каторжный централ. 1907-1917. - Т. 5. - М.: Юрид. лит., 1963.-339 с. URL http://ek.nlu.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_01/cgiirbis_64.exe?C21COM=S&I21DBN=IBIS&P21DBN=IBIS&S21FMT=infow_wh&S21ALL=%28%3C.%3EA%3D%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82,%20%D0%9C.%20%D0%9D.%3E%29&Z21ID=&S21SRW=AVHEAD&S21SRD=&S21STN=1&S21REF=10&S21CNR=20

8. Фойницкий, И.Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. - М.: «Добросовет 2000. Городец», 2000. - 464 с URL <http://lawlibrary.ru/izdanie36904.html>

9. Закревский, И.П. Пятый международный пенитенциарный конгресс / И.П. Закревский // Журнал Министерства юстиции. - 1895. - №10. - С. 121-149. URL <http://lawlibrary.ru/izdanie2120448.html>

10. Жижиленко, А.А. Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств. - Петроград: Типография «Правда», 1914. - 676 с. URL <http://www.bibliard.ru/vcd-677-1-283/GoodsInfo.html>

11. Российское законодательство X-XX веков. Законодательство первой половины XIX века. -М.: Юрид. лит., 1988.-Т. 6.-С.431.

12. Сергеевский, Н.Д. Русское уголовное право : пособие к лекциям. - СПб.: Типолиитография Х.Ш. Гельперн, 1989.-434 с.

13. Яковлева, Л.В. Институты освобождения от уголовной ответственности и наказания в российском праве / Л.В. Яковлева // История органов внутренних дел России : сборник научных трудов. - Вып. 2. - М.: ВНИИ МВД РФ, 1999. - С.13-17.

14. Спасович, В. Учебник Уголовного права. - Т. 1. - Вып. 1. - М.: Типография И. Огризко, 1963. -428 с.

15. Российское законодательство X-XX веков. Законодательство эпохи буржуазно-демократической революции. - Т. 9. - М.: Юрид. лит., 1994. - 352 с. URL <https://istina.msu.ru/publications/book/6317065/>

Current issues of further development of local government in the context of European integration processes of Ukraine

Актуальні питання подальшого розвитку місцевого самоврядування в контексті євроінтеграційних процесів України

Polshchikov Ihor

Key words:

local self-government, civil society, constitutionalism, local elections, European integration, territorial community.

Ключові слова:

місцеве самоврядування, громадянське суспільство, конституціоналізм, місцеві вибори, європейська інтеграція, територіальна громада.

Постановка проблеми. Сучасний правовий розвиток та становлення моделі правової держави передбачає необхідність гарантування конституційних індивідуальних і колективних прав та законних інтересів громадян, серед яких у контексті формування ефективного громадянського суспільства посідає право та реальна можливість здійснення місцевого самоврядування як форми затвердження локальної демократії та забезпечення цілісного комплексу муніципальних прав.

У цьому контексті слід звернути увагу на необхідність розглядати місцеве самоврядування саме як невід'ємний інститут, складову частину та іманентний прояв громадянського суспільства, що надає достатньо обґрунтовану методологічну можливість визнання індивіда як найважливішої соціальної цінності не тільки на рівні держави в цілому, але і в межах самоврядної громади – локального соціуму, зважаючи на ту обставину, що переважна частина життєво важливих інтересів особи об'єктивуються та реалізуються на місцевому рівні як у територіальному, так і в структурно-функціональному вимірі.

Крім того, європейська інтеграція України як її законодавчо визначена стратегічна мета потребує постійної адаптації національного законодавства до норм та стандартів європейського права, у тому числі – щодо визначення загальних засад та гарантій здійснення місцевого самоврядування та побудови європейської моделі місцевого управління взагалі, що актуалізує проведення конституційної децентралізації як важливого елементу комплексної конституційної реформи, включаючи створення об'єднаних територіальних громад та наділення їх необхідним обсягом законодавчих повноважень, фінансових гарантій та матеріально-технічних ресурсів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Варто зазначити, що окремі питання визначення сутності та особливостей як функціонування реалізації місцевого самоврядування в умовах європейської міждержавної інтеграції розглядалися у юридичній літературі.

Зокрема, серед інших, слід відзначити праці таких вчених, як М. О. Баймуратов, Ю. Г. Барабаш, О. В. Батанов, Д. М. Белов, В. І. Борденюк, О. В. Зайчук, А. М. Колодій, О. Л. Копиленко, М. І. Корнієнко, В. В. Кравченко, П. М. Любченко, О. В. Петришин, М. В. Пітцик, В. Ф. Погорілко, Х. В. Приходько, М. О. Пухтинський, С. Г. Серьогіна, Ю. М. Тодика, В. М. Шаповал, Ю. С. Шемшученко, А. О. Янчук та ін.

При цьому праці українських правознавців здебільшого були зосереджені на дослідженні загальних засад визначення поняття та особливостей функціонування місцевого самоврядування. Водночас сучасні правові реалії потребують комплексного розгляду сутності та особливостей здійснення місцевого самоврядування саме як невід'ємного інституту ефективного громадянського суспільства у контексті європейської міждержавної інтеграції як джерела міжнародних принципів та стандартів в якості критеріїв удосконалення чинного конституційного та профільного законодавства.

Мета статті – розкриття основних напрямів розвитку місцевого самоврядування в контексті євроінтеграційних процесів.

Виклад основного матеріалу. Слід зазначити, що сучасні тенденції розвитку місцевого самоврядування безпосередньо пов'язані з імплементацією та реалізацією регіональних європейських стандартів, необхідність адаптації національної правової системи до яких впливає з положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

Аналізуючи правові засади укладання ЄС міжнародних договорів як джерела визначення напрямків розвитку місцевого самоврядування, слід виходити з загального положення, що, оскільки міжнародний договір є формою співпраці ЄС з третіми державами та міжнародними організаціями, то вказана форма міжнародного співробітництва формується та здійснюється на основі норм загального міжнародного права, але з тією особливістю, яка, за слушним твердженням М. М. Бирюкова, полягає у тому, що положення міжнародних договорів ЄС «можуть мати правові наслідки не лише для суб'єктів міжнародного права, які уклали ці угоди, але й для суб'єктів внутрішнього права третіх країн – сторін міжнародної угоди та суб'єктів внутрішнього права держав-членів ЄС»¹.

Розглядаючи напрямки розвитку місцевого самоврядування, що концептуально закладаються у джерелах європейського права, слід зазначити, що Угода про асоціацію неодноразово посилається на демократію як спільну цінність, яка закладає основу асоціації та інтеграції України до ЄС. Більше того, в Угоді зазначається, що в разі недотримання цих принципів дію Угоди може бути припинено (стаття 478)².

Водночас положення Угоди про асоціацію не містять прямих зобов'язань України в частині розбудови демократичних інституцій, що є суверенним правом, однак передбачає «діалог і співробітництво з питань внутрішніх реформ». Зокрема в Угоді зазначається, що «Сторони співробітничать з метою забезпечення того, щоб їхня внутрішня політика ґрунтувалася на спільних для Сторін принципах, зокрема таких, як стабільність і дієвість демократичних інституцій, верховенство права та повага до прав людини і основоположних свобод» (стаття 6).

Крім того, докладніше про запровадження базових принципів йдеться у спільно погодженому Порядку денному асоціації від 16 березня 2015 року³. Цей документ відносить децентралізацію до пріоритетних питань, які повинні бути вирішені в короткостроковій перспективі.

Відповідно до Порядку денного асоціації зміцнення стабільності, незалежності та ефективності інституцій, які забезпечують дотримання демократичних принципів та верховенство права передбачає:

- проведення і завершення процесу всеохоплюючої та прозорої конституційної реформи, включаючи децентралізацію влади, згідно з відповідними рекомендаціями Венеціанської Комісії;
- зміцнення функціонування місцевого та створення регіонального самоврядування, правового статусу служби в органах місцевого самоврядування, в тому числі шляхом децентралізації, яка наділить їх значними повноваженнями та забезпечить відповідними фінансовими ресурсами згідно з відповідними стандартами, що містяться в Європейській хартії місцевого самоврядування.

Таким чином, основою європейської інтеграції у сфері децентралізації та удосконалення механізмів здійснення визнається Європейська хартія місцевого самоврядування, при ратифікації якої у 1997 р. Україна не внесла жодних застережень, а отже, взяла на себе обов'язок виконувати всі без винятку викладені у ній норми, зокрема: гарантування політичної, адміністративної та фінансової незалежності місцевої влади; визначення принципу місцевого самоврядування у внутрішньому законодавстві і, де це практично можливо, в конституції; встановлення принципу субсидіарності тощо⁴.

У преамбулі Європейської хартії місцевого самоврядування органи місцевого самоврядування визначено однією з головних підвалин будь-якого демократичного режиму. Саме місцеве самоврядування закономірно вважається необхідною складовою демократичної системи управління суспільством, адже воно забезпечує управління значною частиною справ у місцевих територіальних одиницях на основі самоорганізації населення цих одиниць. Отже, загальним принципом, закладеним в Угоді про асоціацію є те, що переміщення влади до рівня громад, районів та регіонів призведе до більш відповідального, підзвітного та ефективного урядування в Україні⁵, що якраз і є основним принципом сучасної конституційної децентралізації системи органів публічної влади.

У цьому контексті слід зазначити, що новітнім для української правової доктрини є поняття «район» в якості рівня реалізації місцевого самоврядування членами об'єднаного локального соціуму. Постановою

¹ Бирюков М. М. Международно-правовые аспекты ассоциированного членства в Европейском Экономическом Сообществе. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. Специал. 12.00.11. М., 1981, с. 14

² Угода про асоціацію між Україною, з одної сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони від 21 березня 2014 р. та 27 червня 2014 р. [Електронний ресурс]. URL: <http://comeuroint.rada.gov.ua/komevoint/doccatalog/document?id=56219>

³ Порядок денний асоціації між Україною та ЄС для підготовки та сприяння імплементації Угоди про асоціацію від 16 березня 2015 р. [Електронний ресурс]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_990#Text

⁴ Європейська хартія місцевого самоврядування: прийнята 15 жовтня 1985 р. у м. Страсбург; ратифікована Законом України № 452/97-ВР від 15 липня 1997 р. Офіційний Веб-портал Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_036

⁵ Угода про асоціацію між Україною, з одної сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони від 21 березня 2014 р. та 27 червня 2014 р. [Електронний ресурс]. URL: <http://comeuroint.rada.gov.ua/komevoint/doccatalog/document?id=56219>

Верховної Ради України «Про утворення та ліквідацію районів» від 17 липня 2020 р.¹ було утворені райони з адміністративними центрами у найбільших населених пунктах відповідної умовної території.

У цьому зв'язку, як вбачається, необхідно відзначити декілька проблемних та дискусійних теоретико-правових аспектів, що потребують належного вирішення на науковому та нормативно-правовому рівнях.

По-перше, незрозумілим з теоретико-методологічних позицій залишається правовий статус районних рад, вибори до яких відбулися 25 жовтня 2020 р., адже, відповідно до п. 2 вказаної Постанови, «межі районів встановлюються по зовнішній межі територій сільських, селищних, міських територіальних громад, які входять до складу відповідного району», тобто районна рада фактично та юридично є скоріше органом регіонального, а не місцевого самоврядування, що виражає спільні інтереси декількох територіальних громад, а органами місцевого самоврядування даних громад, як і раніше, виступають сільські, селищні, міські ради. Так, наприклад, до Маріупольського району з адміністративним центром у м. Маріуполь включені території Кальчицької сільської, Мангушської селищної, Маріупольської міської, Нікольської селищної, Сартанської селищної територіальних громад, затверджені Кабінетом Міністрів України. Сам район у подібній інтерпретації є наближеним поняттям до європейського «регіону», під яким зазвичай розуміється велика індивідуальна територіальна одиниця (наприклад, природна, економічна, політична тощо), дещо відмінна від існуючого політичного або адміністративного поділу. Також під регіоном іноді розуміють певну територію, що відрізняється від інших територій за низкою ознак і що володіє деякою цілісністю, взаємозв'язаністю складових її елементів. При цьому деякі держави використовують саме термін «регіон», а не «район» для позначення територіальних утворень держави (наприклад, Франція) [6]. Іншими словами, для повного розуміння доцільності утворення районів з адміністративними центрами у великих містах важливо не тільки чітко встановити повноваження районних рад та усунути їх дублювання з повноваженнями інших органів місцевого і регіонального самоврядування, а насамперед і визначитися з концептуальним місцем та роллю таких утворень через належне природне, політичне чи економічне обґрунтування.

По-друге, у контексті утворення районів з адміністративними центрами у населених пунктах, які представляють спільні інтереси декількох територіальних громад, доцільно поставити питання про можливість формування об'єднаних територіальних громад саме на рівні адміністративного центру з ліквідацією міських, сільських та селищних органів місцевого самоврядування і делегуванням їх повноважень єдиним представницьким та виконавчим органам на рівні районів. Саме у цьому випадку районні ради та їх виконавчі органи можна буде вважати повноцінними органами місцевого самоврядування, що самостійно вирішують питання місцевого значення в межах певної територіальної громади в цілому.

По-третє, незрозумілим у новітніх умовах реформування місцевого самоврядування в Україні залишається правовий статус обласних рад як органів регіонального самоврядування, які так само, як районні ради, представляють спільні інтереси територіальних громад за ознакою офіційного, законодавчо встановленого адміністративно-територіального поділу, а такий поділ складається згідно чинним конституційно-правовим нормам саме з областей, міст Києва і Севастополя та Автономної Республіки Крим.

Отже, у законодавстві необхідно чітко провести розмежування між органами місцевого та регіонального самоврядування, причому ключовим питанням є усунення дублювання повноважень та раціональний розподіл фінансових і матеріально-технічних ресурсів серед органів публічної влади в умовах фінансово-економічної кризи і протидії світовій інфекційній пандемії.

На наш погляд, окреслені проблеми доцільно вирішити шляхом ліквідації селищних, сільських і міських рад та утворення єдиних цілісних районних територіальних громад зі спільними представницькими та виконавчими органами в адміністративних центрах з переданням їх повноважень ліквідованих органів місцевого самоврядування (наприклад, єдина Маріупольська районна рада та її виконавчий комітет, а також Маріупольський районний голова замість Кальчицької сільської, Мангушської селищної, Маріупольської міської, Нікольської селищної, Сартанської селищної рад, їх виконавчих комітетів і голів). При цьому статус органів регіонального самоврядування з функцією представляти спільні інтереси районних територіальних громад слід залишити за обласними радами, оскільки саме область є нормативно визначеним регіоном для переважної частини території України.

Впровадження подібного підходу, на наш погляд, дозволить: а) усунути паралельне дублювання повноважень органів публічної влади; б) зменшити видатки державного та місцевих бюджетів на утримання системи органів публічної влади; в) спростити систему публічного управління через законодавче унормування та упорядкування системи органів і посадових осіб місцевого та регіонального самоврядування.

Водночас, крім організаційно-правових аспектів інституціонального характеру, іншим проблемним питанням ефективної розбудови європейської моделі місцевого самоврядування є те, що, незважаючи на прийняті зобов'язання в рамках Європейської хартії місцевого самоврядування, деякі її принципи у повній мірі не реалізуються, а деякі з них вступають у суперечність із національними законодавчими актами, що регулюють окремі аспекти місцевого самоврядування.

¹ Про утворення та ліквідацію районів: Постанова Верховної Ради України від 07 липня 2020 р. [Електронний ресурс]. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/807-IX#Text>

Так, однією з означених проблем методологічного змісту є існування спеціально дозвільного принципу діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування, передбаченого ст. 19 Конституції України, а також позбавлення чинним національним законодавством районних та обласних рад можливості мати власні виконавчі органи, що перекликається з окресленою вище проблематикою створення районних рад без виконавчих органів, необхідного обсягу повноважень та незрозумілим правовим статусом і місцем у системі органів публічної влади.

Варто відзначити, що держави ЄС мають значний досвід в розбудові демократичного публічного адміністрування, ключову роль в якому відіграють територіальні громади та створені ними органи місцевого самоврядування. Власне, фундаментальне онтологічне значення місцевого самоврядування полягає в тому, що, «будучи рівнем публічної влади, найбільш наближеним до людини, а отже, й найкраще обізнаним із повсякденними проблемами життєдіяльності мешканців територіальних колективів, воно може найкраще забезпечити населення широким спектром публічних послуг: соціальних, побутових, торговельних, культурних, освітніх та інших»².

Крім того, значного удосконалення у контексті імплементації європейських стандартів локальної демократії потребує інститут громадських слухань. По-перше, значного розширення потребує перелік питань, з приводу яких громадські слухання проводяться в обов'язковому порядку до прийняття радою відповідного рішення. По-друге, дієвою гарантією залучення громадськості до прийняття рішень органами місцевого самоврядування може стати чітке визначення підстав для судового скасування чинності рішень ради. Такими підставами, серед інших, можуть бути уникнення розгляду пропозицій громадськості органами місцевого самоврядування, а також порушення вимог локальних нормативно-правових актів щодо порядку організації громадських слухань.

Висновки і пропозиції. Отже, у результаті проведеного дослідження напрямків розвитку місцевого самоврядування в умовах євроінтеграційних процесів можна дійти до таких найважливіших науково-практичних висновків: а) у законодавстві необхідно чітко провести розмежування між органами місцевого та регіонального самоврядування, причому ключовим питанням є усунення дублювання повноважень та раціональний розподіл фінансових і матеріально-технічних ресурсів серед органів публічної влади в умовах фінансово-економічної кризи і протидії світовій інфекційній пандемії. Вказані проблеми доцільно вирішити шляхом ліквідації селищних, сільських і міських рад та утворення єдиних цілісних районних територіальних громад зі спільними представницькими та виконавчими органами в адміністративних центрах з переданням їх повноважень ліквідованих органів місцевого самоврядування, при цьому статус органів регіонального самоврядування з функцією представляти спільні інтереси районних територіальних громад слід залишити за обласними радами, оскільки саме область є нормативно визначеним регіоном для переважної частини території України; б) можна відзначити такі стратегічні напрямки розвитку місцевого самоврядування в Україні в умовах євроінтеграційних процесів: проведення і завершення процесу всеохоплюючої та прозорої конституційної реформи, включаючи децентралізацію влади, згідно з відповідними рекомендаціями Венеціанської Комісії; зміцнення функціонування місцевого та створення регіонального самоврядування, правового статусу служби в органах місцевого самоврядування, в тому числі шляхом децентралізації, яка наділить їх значними повноваженнями та забезпечить відповідними фінансовими ресурсами згідно з відповідними стандартами, що містяться в Європейській хартії місцевого самоврядування; в) на сучасному етапі імплементації європейських стандартів місцевого самоврядування та реалізації конституційної децентралізації публічного адміністрування можна визначити такі основні концептуальні та організаційно-правові проблеми, що відображають недоліки та прогалини у чинному конституційному та профільному законодавстві: існування спеціально дозвільного принципу діяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування, передбаченого ст. 19 Конституції України, а також позбавлення чинним національним законодавством районних та обласних рад можливості мати власні виконавчі органи; відсутність реальних механізмів впровадження результатів місцевого референдуму як демократичної форми прямого народовладдя на рівні локального соціуму – територіальної громади; відсутність ефективного правового регулювання такої форми прямого народовладдя, як загальні збори членів територіальної громади за місцем проживання; недостатність організаційно-правових форм участі громадськості у здійсненні місцевого самоврядування, зокрема в частині впровадження механізмів реального впливу громадянського суспільства на зміст рішень місцевих рад; нерегульованість правового статусу районних рад з адміністративним центром; відсутність належного законодавчого забезпечення прав і законних інтересів іноземців, які постійно проживають в межах територіальної громади; наявність політико-правових проблем реінтеграції окремих районів Донецької та Луганської областей (ОРДЛО) в частині проведення в них місцевих виборів, що виникли внаслідок збройної агресії та фактичної окупації Російською Федерацією та підпорядкованими їй незаконними збройними формуваннями частини суверенної території України.

² Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України / Бориславська О. М., Заверуха І. Б., Школик А. М. ; Центр політико-правових реформ. К. 2012. С. 48

Анотація.

Проаналізовано та визначено такі стратегічні напрямки розвитку місцевого самоврядування в Україні в контексті європейської інтеграції: проведення і завершення процесу всеохоплюючої та прозорої конституційної реформи, включаючи децентралізацію влади, згідно з відповідними рекомендаціями Венеціанської Комісії; зміцнення функціонування місцевого та створення регіонального самоврядування, правового статусу служби в органах місцевого самоврядування, в тому числі шляхом децентралізації, яка наділить їх значними повноваженнями та забезпечить відповідними фінансовими ресурсами згідно з відповідними стандартами, що містяться в Європейській хартії місцевого самоврядування.

Summary.

The following strategic directions for the development of local self-government in Ukraine in the context of European integration processes have been analyzed and identified: conducting and completing the process of comprehensive and transparent constitutional reform, including decentralization of power, in accordance with the relevant recommendations of the Venice Commission; strengthening the functioning of local and regional self-government, the legal status of service in local self-government, including through decentralization, which will give them significant powers and provide adequate financial resources in accordance with the relevant standards contained in the European Charter of Local Self-Government.

References:

1. Бирюков М. М. Международно-правовые аспекты ассоциированного членства в Европейском Экономическом Сообществе. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. Специал. 12.00.11. М., 1981. 22 с.
2. Угода про асоціацію між Україною, з одної сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони від 21 березня 2014 р. та 27 червня 2014 р. [Електронний ресурс]. URL: <http://comeuroint.rada.gov.ua/komevrouint/doccatalog/document?id=56219>
3. Порядок денний асоціації між Україною та ЄС для підготовки та сприяння імплементації Угоди про асоціацію від 16 березня 2015 р. [Електронний ресурс]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_990#Text
4. Європейська хартія місцевого самоврядування: прийнята 15 жовтня 1985 р. у м. Страсбург; ратифікована Законом України № 452/97-ВР від 15 липня 1997 р. Офіційний Веб-портал Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_036
5. Про утворення та ліквідацію районів: Постанова Верховної Ради України від 07 липня 2020 р. [Електронний ресурс]. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/807-IX#Text>
6. Регіон. Вікіпедія. [Електронний ресурс]. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%B5%D0%B3%D1%96%D0%BE%D0%BD>
7. Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України / Бориславська О. М., Заверуха І. Б., Школик А. М. ; Центр політико-правових реформ. К. 2012. 212 с.

The legal obligations in the context of implementing the human right to gender identity

Правові обов'язки у контексті реалізації права особи на гендерну ідентичність

Popovych Tereziia

Keywords:

legal obligation, gender identity, the right to gender identity.

Ключові слова:

правовий обов'язок, гендерна ідентичність, право на гендерну ідентичність.

Вступ. У системі соматичних прав праву на гендерну ідентичність приділяється значна увага на доктринальному рівні, що пов'язано з сучасними тенденціями зміни суспільної ідеології у напрямку поєднання біологічної та соціальної статей людини. Право на гендерну ідентичність демонструє співвідношення чи залежність між тим, якою людина є за своєю біологічною природою, та тим, як вона бачить своє місце в соціумі в зв'язку зі статтю. Відповідно, це право надає можливість людині визначати передусім свою роль у суспільстві, деякою мірою свободу бути такою, якою вона бажає бути. Таким чином, потреба в дослідженні права на гендерну ідентичність й, у тому числі, обов'язків у світлі цього права, пояснюється необхідністю надати відповіді на виклики, які стоять перед сучасним суспільством у силу формування гендерної ліберальної ідеології. Наразі безпосередньо перейдемо до розгляду окремих правових обов'язків, які впливають із реалізації права особи на гендерну ідентичність.

Обов'язок утримуватися від дискримінаційних дій за ознакою гендерної ідентичності. У цілому, якщо вести мову про реалізацію права на гендерну ідентичність, то передусім воно спрямовано на те, аби уникнути дискримінації за відповідною ознакою. У зв'язку з цим, де-факто провідною мотивацією національного та міжнародного законодавства в цій сфері є вжити заходів для недопущення такої дискримінації. Відповідно до положень Джок'якертських принципів дискримінація за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності означає «будь-яке розрізнення, виключення, обмеження чи перевага, що ґрунтується на сексуальній орієнтації та гендерній ідентичності, й має своєю метою чи наслідком знищення чи применшення права на рівність перед законом чи рівний захист з боку закону, або визнання, використання чи здійснення на рівних началах всіх прав людини та основних свобод». На рівні Ради Європи принцип заборони дискримінації знайшов своє втілення у ст. 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Що ж до українського законодавства, то йдеться про відповідні приписи Конституції України (стаття 24) та Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», положення якого хоча чітко не визначають гендерну ідентичність як ознаку дискримінації, тим не менше визначають заходи протидії дискримінації.

Так, згідно зі статтею 2 вищезазначеного Закону принцип недискримінації означає: забезпечення рівності прав і свобод осіб та/або груп осіб; забезпечення рівності перед законом осіб та/або груп осіб; повагу до гідності кожної людини; забезпечення рівних можливостей осіб та/або груп осіб. Указаний Закон містить також загальний підхід законодавця щодо заборони дискримінації, перелік форм такої дискримінації, особливості механізму забезпечення запобігання й протидії дискримінації, а також окремі питання відповідальності за порушення антидискримінаційного законодавства.

Разом із тим, Закон Австралії про дискримінацію за статевою належністю (Sex Discrimination Act) 1984 року визначає розуміння різних типів дискримінації (в тому числі й за ознакою гендерної належності) та їх утілення в різних сферах суспільних відносин, механізми протидії дискримінації, позитивні зобов'язання держав щодо забезпечення недискримінації. Так, до прикладу, за дискримінації за ознакою гендерної ідентичності дискримінатор вчиняє різного роду дискримінаційні дії щодо потерпілої особи, виходячи з: безпосередньо її гендерної ідентичності; наявності характеристики, яка належить до осіб з тією ж гендерною ідентичністю, що й потерпіла особа; наявності характеристики, яка переважно приписується особам, що мають таку саму гендерну ідентичність, що й потерпіла особа.

Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи «Дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності» серед відповідних дій дискримінаційного характеру називає, зокрема: фізичне і

вербальне насильство (злочини на ґрунті нетерпимості й розпалювання ненависті), обмеження свободи слова, свободи зібрань та об'єднань, порушення права на повагу до приватного та сімейного життя, порушення права на освіту, працю та охорону здоров'я.

Як демонструють звіти, в Україні мають місце дискримінаційні дії на ґрунті гендерної ідентичності. Так, Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за 2019 рік засвідчує, що основні порушення прав ЛГБТІ-спільноти в Україні були спричинені проведенням масових заходів представниками такої спільноти. Йдеться, зокрема, про порушення їх прав на повагу до честі та гідності з боку представників державної влади та місцевого самоврядування, на мирні зібрання та вільне вираження переконань, на особисту недоторканість та свободу від нелюдського й принизливого поводження (з боку радикально налаштованих організацій).

Відтак, Звіт правозахисного ЛГБТ-Центру «Наш світ» за 2015-2018 рр. резюмує, що злочини та інциденти ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності трапляються переважно на підґрунті гомофобії та трансфобії. Безпосередньо Центр за 2016-2017 роки зафіксував 226 випадків зазначених злочинів, інцидентів й інших випадків порушення прав ЛГБТІ-спільноти в Україні. Серед основних дискримінаційних проявів мають місце: образи, приниження людської гідності та погрози; фізичне насильство різного ступеня тяжкості; гомофобія та трансфобія у сім'ї; незаконне збирання та розголошення конфіденційної інформації.

Таким чином, обов'язок утримуватися від дискримінаційних дій за ознакою гендерної ідентичності передусім звернений до посадових осіб органів влади та приватних осіб, і передбачає необхідність утримуватися від здійснення різного роду дій дискримінаційного характеру, які спрямовані на обмеження прав осіб, що відрізняються за своєю гендерною ідентичністю чи гендерна ідентичність яких є невизначеною. Йдеться як про акти психологічного та фізичного насильства, так і про обмеження у реалізації прав і свобод за гендерною ознакою.

Обов'язок дотримуватися всіх передбачених законодавством вимог (показань) для зміни (корекції) статі. В Україні такими вимогами (показаннями) для зміни (корекції) статевої належності є медико-біологічні (психічний і поведінковий розлад «транссексуалізм») та соціально-психологічні (дискомфорт або дистрес, обумовлені розбіжністю між статевою ідентичністю індивіда та статтю, встановленою йому при народженні (і пов'язаними з цим гендерною роллю та (або) первинними і вторинними статевими ознаками)).

У свою чергу, за законодавством Швеції проблема щодо зміни особою статевої належності має лише соціально-психологічний аспект, вирішуючись на рівні сімейного лікаря та фахівця-сексопатолога. При цьому особа, якій виповнилось 16 років, має право на зміну (корекцію) статі.

В Іспанії в 2007 році було прийнято Закон про статевою ідентичність, який надає можливість особі змінити ім'я та стать в офіційних документах, якщо первинний запис про стать не відповідає її гендерній ідентичності, однак при цьому така особа не піддається хірургічному втручанню зі зміни статі. Разом із тим, для того, щоб реалізувати дане право особою, необхідно дотриматись двох умов: по-перше, в особи має бути діагностовано гендерну дисфорію, відповідно до якої людина не може прийняти свій гендерний статус (чоловіка або жінки) й відчуває гостру незадоволеність ним; по-друге, в особи має бути відсутня психологічна патологія через бажання змінити стать, що повинно підтверджуватись лікарським наглядом протягом двох років.

Найбільш ліберальним у сфері забезпечення права на гендерну ідентичність на сьогодні вважається Закон Аргентини «Про гендерну ідентичність» від 2012 року. Відповідно до його положень для зміни статі не потрібно ані спеціального дозволу суду, ані навіть висновку психіатричного закладу. Потрібні лише наявність необхідного віку (18 років) та звернення до Державного бюро демографічної статистики чи його регіональних представництв із запитом-вимогою про зміну даних у свідоцтві про народження та видачі нового ідентифікаційного документа (паспорта) з серією та номером, що й попередній. При цьому зміна статі на рівні офіційних документів безоплатна, а на рівні хірургічних втручань – має включатися до системи державного чи приватного медичного страхування.

Також досить спрощено до питання про зміну статевої належності особи, подібно до законодавства Аргентини, підходить Закон Мальти «Про гендерну ідентичність, гендерну експресію та статеві ознаки» від 2015 року. Так, особа, якій виповнилось 16 років, має право подати відповідну декларацію нотаріусу, на підставі якої Директор державного реєстру протягом 15 днів вносить потрібні зміни до реєстру. Якщо ж це особа до 16 років, то заяву про зміну імені та гендерної належності можуть подати батьки або вчителі. Після цього на спеціальному судовому засіданні суд запитує у неповнолітнього його згоду на такі зміни й приймає рішення, враховуючи найкращі інтереси дитини.

Європейський суд з прав людини в своїй практиці виходить з того постулату, що після зміни статі особі належать ті права та обов'язки, які притаманні відповідній статі. Попри це вчені звертають увагу на той факт, що деякі труднощі все ж таки можуть мати місце в зв'язку з виконанням певних обов'язків (до прикладу, обов'язок несення військової служби).

Таким чином, сучасне законодавство окремих держав (зокрема, Аргентини та Мальти) демонструє спрощений механізм процедури зміни (корекції) статевої належності особи. При цьому розрізняють мож-

ливості як біологічної зміни статі (шляхом хірургічного втручання), так і соціальної зміни статі (на рівні офіційних документів). Водночас має місце тенденція до того, що, незалежно від віку, особа зможе змінити свою статеву приналежність (самостійно чи через батьків, опікунів). У цьому сенсі ймовірними є серйозні загрози руйнації природних даних і здібностей особи з точки зору статевої належності. Адже все більше право на гендерну ідентичність починає пропагуватися, внаслідок чого чиниться вплив на свідомість молоді, особливо неповнолітніх, які такому впливу легко піддаються завдяки психологічній нестійкості. Безперечно, що «вирішення проблеми має полягати у більш чіткому визначенні показань до зміни статевої належності та забезпеченні ефективного правового механізму для реалізації відповідного права у цілому, щоб ... застерегти осіб від необдуманих кроків, що завдають ще більшої шкоди фізичному і психічному здоров'ю особи».

Висновки. Таким чином, підсумками проведеного нами дослідження є наступними:

- 1) у даній науковій розвідці ми окреслили два види правових обов'язків, які впливають з реалізації права особи на гендерну ідентичність: обов'язок утримуватися від дискримінаційних дій за ознакою гендерної ідентичності та обов'язок дотримуватися всіх передбачених законодавством вимог (показань) для зміни (корекції) статі;
- 2) обов'язок утримуватися від дискримінаційних дій за ознакою гендерної ідентичності передусім звернений до посадових осіб органів влади та приватних осіб, і передбачає необхідність утримуватися від здійснення різного роду дій дискримінаційного характеру, які спрямовані на обмеження прав осіб, що відрізняються за своєю гендерною ідентичністю чи гендерна ідентичність яких є невизначеною.; йдеться як про акти психологічного та фізичного насильства, так і про обмеження у реалізації прав і свобод за гендерною ознакою;
- 3) хоча сучасне законодавство окремих держав (до прикладу, Аргентини та Мальти) демонструє спрощення процедури зміни (корекції) статевої належності особи, безсумнівно залишається те, що наслідки статевої зміни для людства достеменно не відомі, містять у собі явні загрози щодо спроможності адаптуватися до нових фізіологічних, психологічних та соціальних властивостей (у тому числі і правових). Свідченням чого на сьогодні є чимало прикладів, коли особи, скорегувавши свою стать за допомогою медичних процедур, через певний часовий проміжок прагнуть до повернення статті, отриманої від народження. Тому, на нашу думку, доцільним є ускладнення процедури зміни статі (біологічної чи соціальної), з одного боку, за допомогою функціонування системи засобів (із залученням компетентних фахівців та спеціалістів у галузі гендерної ідентичності), чітко визначених на законодавчому рівні, з іншого ж – за допомогою належного механізму контролю за дотриманням всіх встановлених вимог при зміні (корекції) статі.

Анотація.

Стаття присвячена аналізу окремих правових обов'язків, що обумовлені реалізацією права особи на гендерну ідентичність. Зокрема, автором у даній науковій розвідці окреслено два види таких правових обов'язків: обов'язок утримуватися від дискримінаційних дій за ознакою гендерної ідентичності та обов'язок дотримуватися всіх передбачених законодавством вимог (показань) для зміни (корекції) статі. Зроблено висновок, що потреба в дослідженні права на гендерну ідентичність й, у тому числі, обов'язків у світлі цього права, пояснюється необхідністю надати відповіді на виклики, які стоять перед сучасним суспільством у силу формування гендерної ліберальної ідеології.

Summary.

The article is devoted to the analysis of certain legal obligations arising from the realization of a human right to gender identity. In particular, the author outlines in this scientific investigation two types of such legal obligations: the obligation to refrain from discriminatory actions on the grounds of gender identity and the obligation to comply with all statutory requirements (indications) for gender reassignment. It is concluded that the need to study the right to gender identity and, including the obligations in the light of this right, is explained by the need to provide answers to the challenges facing modern society due to the formation of gender liberal ideology.

References:

1. Джок'якартські принципи (Принципи застосування міжнародно-правових норм про права людини щодо сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності) від 2007 року. URL: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e952> (дата звернення: 23.10.2020 року).
2. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 26.10.2020 року).
3. Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи «Дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності» від 2010 року. URL: [https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/\[russian_documents\]/\[2010\]/\[Apr2010\]/Res1728_rus.asp](https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/[russian_documents]/[2010]/[Apr2010]/Res1728_rus.asp) (дата звернення: 26.10.2020 року).

4. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»: Закон України від 06.09.2012 року № 5207-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 32. Ст. 412.
5. Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності та затвердження форми первинної облікової документації й інструкції щодо її заповнення: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 05.10.2016 року № 1041. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1589-16#Text> (дата звернення: 23.10.2020 року).
6. Бреус С. Міжнародно-правові стандарти та зарубіжний досвід у сфері гендерної ідентичності. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 3. С. 83-87.
7. Василевич Д.Г. Права и обязанности индивида при смене половой принадлежности. *Вестник БарГУ: Исторические науки и археология. Экономические науки. Юридические науки*. 2017. Вып. 5. С. 130-136.
8. Попович Т. П., Погорелова З. О. Трансформація цінностей в умовах формування четвертого покоління прав людини. Четверте покоління прав людини: особливості правового регулювання, проблеми та перспективи розвитку в сфері охорони здоров'я: монографія / за заг. ред.: д.ю.н., проф. С.Б. Булеци; к.ю.н., доц. М.В. Менджул. Ужгород: УжНУ, 2020. С. 21-45.
9. Резюме звіту «Злочини та інциденти ненависті в Україні» правозахисного ЛГБТ-Центру «Наш світ» за 2015-2018 роки. URL: https://gay.org.ua/publications/hatred_A4.indd.pdf (дата звернення: 26.10.2020 року).
10. Уварова Н.В. До проблеми реалізації права на зміну (корекцію) статевої належності в Україні. Забезпечення прав людини четвертого покоління у системі охорони здоров'я : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (12 квітня 2019 р., м. Ужгород) [Текст] : зб. наук. ст.; [під заг.ред. С.Б. Булеци, Я.В. Лазура, М.В. Менджул]. Ужгород : Видництво Олександри Гаркуші, 2019. С.126-129.
11. Шалиганова А.С. Щодо правової природи та змісту права на гендерну ідентичність. *Право і безпека*. 2011. № 3. С. 274-279.
12. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2019 рік. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua> (дата звернення: 26.10.2020 року).
13. Юридичне визнання гендеру в Європі. URL: https://www.insight-ukraine.org/uploads/files/law_gender_preview.pdf (дата звернення: 26.10.2020 року).
14. Sex Discrimination Act 1984. URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00002> (дата звернення: 27.10.2020 року).

Popovych Tereziia,

*Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Department of Theory and History of State and Law, Law Faculty
«Uzhgorod National University»*

Forensic database of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine and their use in the investigation of criminal offenses

Криміналістичні обліки Міністерства внутрішніх справ України та їх використання при розслідуванні кримінальних правопорушень

Prykhodko Vladlen

Keywords:

forensic databases, criminal offenses, investigations, information and reference databases, operational and investigative databases, information.

Ключові слова:

криміналістичні обліки, кримінальні правопорушення, розслідування, інформаційно-довідкові обліки, оперативно-розшукові обліки, інформація.

Постановка проблеми. Розслідування кримінальних правопорушень є специфічним видом діяльності суб'єктів, які його проводять, що полягає у збиранні, дослідженні, оцінці та використанні доказів з метою вирішення завдань кримінального провадження. У свою чергу доказами є фактичні дані, отримані в установленому порядку, тобто певна інформація про подію кримінального правопорушення, осіб, причетних до нього та інші обставини. Тобто, процес розслідування є ні чим іншим, як діяльністю з отримання доказової інформації. Від кількості та якості отриманої суб'єктами розслідування інформації залежить кінцевий результат. Одним з джерел вагомою для розслідування інформації є криміналістичні обліки, що функціонують у підрозділах Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) України. На сьогодні є певні проблеми, що виникають як у процесі формування, так і під час використання криміналістичних обліків.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженню проблем формування та використання криміналістичних обліків МВС України приділено значну увагу з боку науковців. На монографічному рівні означені проблеми розглядалися Є. Д. Лук'янчиковим¹, В. В. Бірюковим², В. Г. Хахановським³. Окремим питанням проблеми присвячено кандидатські дисертації А. Е. Волкової «Формування і використання інформаційно-довідкових колекцій експертної служби МВС України» (м. Запоріжжя, 2012 рік)⁴ та Д. В. Дабіжі «Використання обліків та інформаційних систем при розслідуванні кримінальних правопорушень» (м. Київ, 2017 рік)⁵. Однак, у сучасних умовах інформатизації суспільства, розвитку телекомунікаційних мереж та інформаційних технологій, забезпечення правоохоронних органів необхідною інформацією виходить на новий рівень. Саме тому, наукове забезпечення процесу формування та використання криміналістичних обліків потребує постійного вдосконалення та оновлення.

Метою статті є аналіз сучасного стану криміналістичних обліків МВС України та визначення основних напрямків їх використання при розслідуванні кримінальних правопорушень.

Виклад основного матеріалу дослідження. Під криміналістичним обліком слід розуміти засновану на наукових даних та узагальненнях практики протидії злочинності систему реєстрації, зосередження та систематизації об'єктів або відомостей про них за їх ідентифікаційними ознаками з метою сприяння роз-

¹ Лук'янчиков Є. Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів: монографія. К.: Нац. акад. внутр. справ України, 2005. 360 с.

² Бірюков В. В. Теоретичні основи інформаційно-довідкового забезпечення розслідування злочинів: монографія. Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2009. 664 с.

³ Хахановський В. Г. Проблеми теорії і практики криміналістичної інформатики: монографія. К.: Вид. Дім «Аванпост-Прим», 2010. 382 с.

⁴ Волкова А. Е. Формування і використання інформаційно-довідкових колекцій експертної служби МВС України автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Класич. приват ун-т. Запоріжжя, 2012. 20 с.

⁵ Дабіжа Д. В. Використання обліків та інформаційних систем при розслідуванні кримінальних правопорушень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2017. 22 с.

слідуванню та попередженню злочинів. Наукову основу криміналістичних обліків складають положення науки криміналістики щодо індивідуальності об'єктів матеріального світу, їх відносної стійкості, об'єктивної можливості виявлення, фіксації, дослідження та оцінка ознак об'єктів, що, у свою чергу, базується на концептуальних положеннях галузей криміналістичної техніки: дактилоскопії, трасології, вчення про зовнішні ознаки людини, техніко-криміналістичному дослідженні документів, балістиці, фоноскопії, одорології та інших. Об'єктами криміналістичних обліків є: особи певних категорій і дані про них (наприклад, затримані як підозрювані у вчиненні злочинів, схильні до вчинення злочинів, обвинувачені, засуджені, які втекли з місць позбавлення волі, безвісно відсутні, невідомі, хворі); невпізнані трупи людей; викрадені, загублені і виявлені об'єкти: вогнепальна зброя, предмети антикваріату, номерні речі і т. ін.; тварини (викрадені, вилучені, безгосподарні) і їх трупи; різного роду сліди (рук, ніг, транспортних засобів, знарядь злочину й інструментів, застосування вогнепальної зброї і т. ін.); нерозкриті злочини; інші об'єкти й обставини, що мають значення для розкриття, розслідування та запобігання злочинів¹.

Серед багатьох критеріїв класифікації найбільш вагомим, на нашу думку, є поділення обліків за призначенням: оперативно-розшукові – містять інформацію про об'єкти, причетні до нерозкритих злочинів, а також про конкретні об'єкти, що становлять оперативний інтерес для їх встановлення за штучними чи власними ознаками; інформаційно-довідкові – містять інформацію про об'єкти, у минулому причетні до злочину, яка необхідна або може бути корисною для вирішення завдань, що виникають у процесі розслідування кримінальних правопорушень; довідково-допоміжні – колекції та каталоги різних об'єктів, які використовуються як зразки для порівняння при проведенні експертиз та досліджень, а також у розшуковій діяльності². Обліки оперативно-розшукового призначення безпосередньо пов'язані з подією злочину. Перш за все ці обліки складають сліди, вилучені під час проведення огляду місця події. Означені обліки ведуться Експертною службою МВС України та зосереджені у Державному науково-дослідному експертно-криміналістичному центрі (далі – ДНДЕКЦ) МВС України та науково-дослідних центрах в областях (далі – НДЕКЦ). Обліки інформаційно-довідкового призначення розташовані у Департаменті інформаційно-аналітичної підтримки (далі – ДІАП) Національної поліції України та територіальних управлінь (відділів) поліції в областях. У зазначених підрозділах обліки інформаційно-довідкового призначення реалізуються у вигляді інформаційно-телекомунікаційної системи «Інформаційний портал Національної поліції України» (далі – система «ІПНП»), що складається з інформаційних підсистем (далі – ІП), згрупованих за однорідними ознаками.

Криміналістичні обліки використовуються в практичній діяльності з розслідування злочинів у залежності від виконуваних завдань, етапів розслідування та слідчої ситуації, що склалася на певному етапі.

На різних етапах розслідування слідчому доводиться вирішувати низку завдань діагностичного характеру: висунення версій; встановлення ознак підозрюваного, його місця можливого появлення; встановлення механізму вчинення злочину; мети та мотивів тощо, а також ідентифікаційного характеру – ототожнення: особи підозрюваного; слідів знарядь зламу, взуття, транспортних засобів тощо. Зазначені завдання виконуються комплексним використанням обліків інформаційно-довідкового та оперативно-розшукового призначення. Наприклад, при отриманні інформації про використання транспортного засобу під час вчинення злочину або у разі незаконного заволодіння транспортним засобом, доцільно використання інформації ІП «Гарпун» системи «ІПНП», що містить інформацію про транспортні засоби усіх типів: автомобілі, автобуси, мотоцикли всіх типів, марок і моделей, самохідні машини, причепи та напівпричепи до них, мотоколяски, інші прирівняні до них транспортні засоби та мопеди, що розшуковуються у рамках кримінального, виконавчого провадження, провадження у справах про адміністративні правопорушення, оперативно-розшукової діяльності, а також за ухвалою слідчого судді, суду³. Після встановлення транспортного засобу за даними зазначеної підсистеми потрібно його ідентифікувати за слідами, виявленими на місці події, а також перевірити на причетність до вчинення інших правопорушень за допомогою обліку слідів транспортних засобів, що містяться в обласному НДЕКЦ.

Під час вирішення ідентифікаційних завдань частіше за все використовуються криміналістичні обліки Експертної служби МВС України, насамперед такі як: куль і гільз зі слідами зброї (кулегільзотека); картотека фальшивих грошей; підроблених документів, виготовлених із застосуванням засобів поліграфії; картотека слідів рук, вилучених із місць нерозкритих злочинів; дактилокартотека осіб, що підлягають обліку; колекція фонограм з голосами осіб, які анонімно повідомляли про загрозу вибуху; слідів взуття, транспортних засобів, знарядь зламу, що формується із їх зображень з місць подій за різними видами злочинів; картотека генетичних ознак людини (профілів ДНК). Після встановлення особи з використанням інформації даних систем з метою доказування проводиться експертиза, висновок якої є джерелом доказів.

¹ Криміналістична техніка: навчальний посібник / В. В. Арешонков та ін.; за ред. А. В. Кофанова. К.: КИИ, 2009. С. 398.

² Криміналістика: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / [К. О. Чаплинський, О. В. Лускатов, І. В. Пиріг, В. М. Плетенець, Ю. А. Чаплинська]. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, Ліра ЛТД, 2016. С. 196-197.

³ Про затвердження Інструкції з формування та ведення інформаційної підсистеми «Гарпун» інформаційно-телекомунікаційної системи «Інформаційний портал Національної поліції України». Наказ МВС України від 13.06.2018 № 497. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0787-18#Text>.

Використання того чи іншого виду обліку залежить також від слідчої ситуації, що склалась на певному етапі розслідування. Слідчі ситуації, на думку Л. Я. Драпкина, «являють собою динамічні системи, що змінюють свій зміст, структури та форму в результаті впливу зовнішніх та внутрішніх факторів як позитивного, так і негативного спрямування». Автор поділяє слідчі ситуації на складні (несприятливі) та прості (сприятливі)⁴, з чим ми погоджуємось.

Розглянемо використання криміналістичних обліків при розв'язанні окремих з них. Самою простою та сприятливою для розслідування є ситуація, коли правопорушника затримано з документами, що посвідчують особу. В такій ситуації особа перевіряється на предмет: вчинення ним інших кримінальних правопорушень або знаходження особи під поліцейським наглядом за ІП «Особа» системи «ІПНП»; вчинення злочинів у минулому за ІС «ОДК»; наявності у неї дозволу на зберігання, носіння, перевезення зброї за ІП «Зареєстрована зброя»; включення його у реєстр суб'єктів підприємницької діяльності юридичних осіб за ІП «ЄДРПОУ» системи «ІПНП». Інформація зазначених підсистем, у разі виявлення, що особа є раніше судимою, містить дані про місце і час затримання, намагання протидіяти працівникам поліції, прояви агресивності, наявності при затриманні викрадених речей, зброї, наркотичних засобів тощо, а також дані про спосіб життя, нахили, звички, стосунки з членами сім'ї, колегами по роботі, товаришами, сусідами тощо.

Гіршою в інформаційному плані є слідча ситуація, коли особу підозрюваного встановлено, але не затримано та його місцезнаходження невідомо. У цьому випадку потрібне комплексне використання інформації криміналістичних обліків НДЕКЦ та ДІАП на центральному та регіональному рівнях. Також для перевірки особи можуть використовуватись інформаційні бази Державної міграційної служби та інших правоохоронних органів: Прокуратури України, Служби безпеки України, Національного антикорупційного бюро України та ін., а в окремих ситуаціях обліків Інтерполу та Європолу. Поряд з цим можливо використання баз даних різних установ та підприємств, наприклад Укрзалізниці, банків, медичних установ тощо.

Однією з складних та несприятливих є ситуація, при якій особа злочинця невідома, відсутні свідки та очевидці, але ним залишені певні матеріальні сліди. У такій ситуації для встановлення особи злочинця використовуються криміналістичні обліки в залежності від виду слідів, залишених злочинцем. Першочергове значення при цьому має дактилоскопічний облік, що реалізується у формі АІПС «Дакто-2000», що міститься в НДЕКЦ. Перевірка слідів, вилучених на місці події дає позитивні результати, якщо особа раніше була затримана та її дактилокарта є у базі даних. Перспективним напрямком підвищення результативності використання дактилоскопічного обліку є мобільність при занесенні інформації до системи. Це можливо досягти шляхом створення пересувних комплексів з використанням сканування відбитків рук безпосередньо на місці події та передачею інформації одразу до автоматизованої інформаційно-пошукової системи. Досвід створення таких пересувних дактилоскопічних систем показав їх результативність у країнах Європи та США.

Також несприятливою вважається ситуація при якій злочинець не затриманий, але є свідки та очевидці, які його запам'ятали злочинця та можуть його описати або є відеозображення, зафіксоване відеокамерою спостереження. У цьому випадку виникає необхідність встановлення місця імовірного знаходження або появи підозрюваного, організація розшуку шляхом проведення слідчих (розшукових) дій, інших пошукових заходів. При цьому зі слів свідків-очевидців складається суб'єктивний портрет підозрюваного з використанням програмного комплексу «Фоторобот». Складений композиційний портрет перевіряється з використанням автоматизованої інформаційно-пошукової системи портретної ідентифікації. Ця система також дозволяє введення зображень, отриманих з відеокамер спостереження. На жаль, потрібно констатувати, що така система не набула достатнього розвитку та запровадження у підрозділах Експертної служби МВС України. В окремих обласних центрах такі програми встановлені, але база даних зображень портретів осіб є невеликою, що унеможлиблює її повноцінне використання. Водночас можна скористатись ІП «Розшук» системи «ІПНП», яка містить інформацію про осіб, які переховуються від слідства та ухиляються від відбування покарання або зникли безвісти. В ІП «Пізнання» системи «ІПНП» містяться відомості щодо підозрюваних, обвинувачених (підсудних), осіб, які ухиляються від відбування покарання або вироку суду, зниклих безвісти, невпізнаних трупів та осіб, які не здатні через стан здоров'я або вік повідомити інформацію про себе.

Криміналістичні обліки використовуються не тільки безпосередньо при розслідуванні кримінальних правопорушень. Інструкцією з організації функціонування криміналістичних обліків Експертної служби МВС України передбачено, що «інформаційно-довідкові колекції призначені для використання об'єктів, уміщених до них, під час проведення експертних досліджень, створення науково-дослідних та дослідно-конструкторських розробок, оновлення методичної та нормативної бази судової експертизи, підготовки орієнтовної інформації, узагальнення відомостей про причини й умови вчинення злочинів та інших правопорушень з метою запобігання їм»⁵.

⁴ Криміналістика: учеб. для вузов. [И. Ф. Герасимов, Л. Я. Драпкин, Е. П. Ищенко и др.]; под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Высш. шк., 2000. С. 24-25.

⁵ Про затвердження Інструкцією з організації функціонування криміналістичних обліків Експертної служби МВС України.

Висновки. Проаналізувавши систему криміналістичних обліків правоохоронних органів України та можливості їх використання при розслідуванні кримінальних правопорушень, можна зазначити основні недоліки, що існують на сьогодні у цьому напрямку: недостатня розвиненість та ефективність впровадження у практику розслідування окремих обліків, зокрема за ознаками зовнішності людини, генетичними ознаками, біометричними даними; недостатня автоматизація існуючих обліків та автоматизованих інформаційно-пошукових систем; недостатнє технічне оснащення органів та підрозділів, що здійснюють функціонування обліків та перевірку об'єктів за базами даних; відсутність комплексного підходу при використанні інформації, що міститься у криміналістичних обліках правоохоронних органів та базах даних інших підприємств та організацій. Зважаючи на важливість криміналістичних обліків у розслідуванні кримінальних правопорушень, виправлення зазначених недоліків є одним з першочергових завдань правоохоронних органів України.

Анотація.

В статті розглядається поняття криміналістичних обліків та об'єкти, що підлягають реєстрації. Ззначається, що криміналістичні обліки за призначенням поділяються на оперативно-розшукові, інформаційно-довідкові та довідково-допоміжні. Розглянуто зміст кожної категорії, а також суб'єктів, у розпорядженні яких знаходяться облікові дані. Зосереджено увагу на використанні криміналістичних обліків в практичній діяльності з розслідування злочинів залежно від виконуваних завдань, етапів розслідування та слідчої ситуації, що склалася на певному етапі. Виділено основні недоліки в діяльності правоохоронних органів з організації функціонування та використання криміналістичних обліків.

Summary.

The article considers the concept of forensic databases and objects to be registered. It is noted that forensic records by purpose are divided into operational-search, information-reference and reference-auxiliary. The content of each category is considered, as well as the subjects who have the credentials. The focus is on the use of forensic databases in the practical activities of investigating crimes, depending on the tasks performed, the stages of the investigation and the investigative situation that has developed at a certain stage. The main shortcomings in the activities of law enforcement agencies to organize the operation and use of forensic databases are highlighted.

References:

1. Лук'янчиков Є. Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів: монографія. К.: Нац. акад. внутр. справ України, 2005. 360 с.
2. Бірюков В. В. Теоретичні основи інформаційно-довідкового забезпечення розслідування злочинів: монографія. Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2009. 664 с.
3. Хахановський В. Г. Проблеми теорії і практики криміналістичної інформатики : монографія. К. : Вид. Дім «Аванпост-Прим», 2010. 382 с.
4. Волкова А. Е. Формування і використання інформаційно-довідкових колекцій експертної служби МВС України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Класич. приват ун-т. Запоріжжя, 2012. 20 с.
5. Дабіжа Д. В. Використання обліків та інформаційних систем при розслідуванні кримінальних правопорушень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2017. 22 с.
6. Криміналістична техніка: навчальний посібник / В. В. Арешонков та ін.; за ред. А. В. Кофанова. К.: КИИ, 2009. 416 с.
7. Про затвердження Інструкції з формування та ведення інформаційної підсистеми «Гарпун» інформаційно-телекомунікаційної системи «Інформаційний портал Національної поліції України». Наказ МВС України від 13.06.2018 № 497. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0787-18#Text>.
8. Криміналістика : учеб. для вузов / [И. Ф. Герасимов, Л. Я. Драпкина, Е. П. Ищенко и др.]; под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Высш. шк., 2000. 672 с.

Prykhodko Vladlen,

*senior inspector of the organizational and analytical department
Management of organizational and analytical support
and prompt response of the Main Directorate
National Police of Kyiv,
Kyiv, Ukraine*

Theoretical and legal aspects of the problem of effectiveness of international treaties

Теоретико-правові аспекти проблеми ефективності міжнародних договорів

Rahulina Kseniia

Key words:

international treaties, efficiency, legal factors (mind), standard-setting, social effectiveness.

Ключові слова:

міжнародний договір, ефективність, правові фактори (умови), нормотворчість, соціальна результативність.

Актуальність теми дослідження. Сучасний світ стає все більш взаємозалежним, цілісним, інтегрованим і потребує упорядкованої, передбачуваної (прогнозованої) поведінки держав. Тільки міжнародне співробітництво держав на основі балансу інтересів, об'єднання інтелектуальних і матеріальних ресурсів, а також вироблення єдиної стратегії дозволить вирішити найважливіші глобальні проблеми цивілізації і йти шляхом прогресу. Вказане можливо забезпечити перш за все за допомогою норм міжнародного права, яке виступає як соціально-необхідний інструмент регулювання міжнародних відносин. Але для того, щоб міжнародно-правові норми могли успішно виконувати покладені на них завдання, бути засобом гармонізації загальнолюдських і національних інтересів, забезпечити мир, справедливість, демократію необхідно підвищувати їх ефективність. Отже, активний розвиток міжнародних договірних відносин держав безперечно зумовлює актуальність наукового розуміння, комплексного і всебічного висвітлення питання про ефективність міжнародних договорів.

Стан дослідження проблеми. Проблематиці різних загальнотеоретичних аспектів ефективності міжнародних договорів присвячено роботи таких учених, як: Л.Х. Мінгазов, О.В. Барбук, М.В. Буроменський, О.В. Соловйов, Н.Б. Галецька, В.Г. Буткевич, І.І. Лукашук, Є.Т. Усенко, А.М. Талалаєв, Г.І. Тункін, С.Ю. Марочкін, Я. Броунлі, Ш. Де Вішер, Дж. Стоун, В. Фрідман, А. Кассезе та ін. Проте наукова діяльність у цьому напрямку повинна розвиватися і актуалізуватися відповідно до сучасних викликів, що стоять перед людством в епоху глобалізації і вимагають всебічного співробітництва держав і інших акторів міжнародного спілкування.

Метою статті є дослідження теоретичних аспектів проблеми ефективності міжнародних договорів, перш за все, через виявлення факторів, які впливають на їх укладення і ефективність реалізації.

Виклад основного матеріалу. Питання ефективності виконання міжнародних договорів, як основних джерел сучасного міжнародного права і «ядра» міжнародно-правового регулювання, є одним з основних і найбільш складних питань теорії міжнародного права. Адже без ефективної реалізації міжнародний договір не може вважатися дієвим механізмом для врегулювання міжнародних відносин, у яких беруть участь держави та інші суб'єкти міжнародного права, перш за все, міжнародні міжурядові організації.

У теоретичному аспекті, ефективність норм міжнародного права є комплексною характеристикою їхньої юридичної якості, успішної і результативної дії, оптимальності різного виду витрат на їхню реалізацію і загалом досягнення соціально значущих позитивних цілей, визначених державами або іншими суб'єктами міжнародного права в конкретному міжнародному договорі або в системі взаємопов'язаних між собою договорів. У широкому сенсі ефективність міжнародного договору можна розглядати як співвідношення мети заради якої було прийнято міжнародний договір до отриманого в результаті фактично досягнутого результату його дії і затратам на його виконання.

Ефективність реалізації міжнародно-правових договірних зобов'язань держав є найважливішою складовою розвитку інтеграційних процесів і безпосередньо впливає не тільки на комплекс міждержавних відносин, але і визначає якісні параметри правової системи держави-учасниці договору, зокрема її відповідність загально визнаному принципу міжнародного права – *res sunt servanda*. Сумлінне дотримання державами міжнародних угод є важливою передумовою встановлення довіри і розвитку співробітництва між ними, створення нового міжнародного правопорядку, а отже, передбачає ефективну реалізацію в межах кожної держави. Професор Ю.М. Тодика справедливо зазначає, що з огляду на інтеграційні процеси в правових системах, посилення впливу норм міжнародного права на внутрішнє законодавство кожної країни, є підстави вважати правовою ту державу, яка у своїй правовій системі в повній мірі використовує

потенціал міжнародних норм¹. Разом з тим, значні можливості, закладені у міжнародному праві, ще далеко не повністю реалізуються на практиці, наприклад, часто недостатньо ефективні (або зовсім неефективні) міжнародні норми в сферах, пов'язаних з підтриманням миру, безпеки, захистом прав людини, захистом навколишнього середовища тощо.

У зв'язку з тим, що міжнародні договори охоплюють найрізноманітніші сфери співробітництва, відповідно, умови і критерії ефективності міжнародних договорів можуть відрізнятися, що разом з тим не виключає виділення загальних критеріїв для виявлення ефективності широкого спектру міжнародних договорів².

Одним з показників ефективної дії норми права є її внутрішня якість (досконалість). До ознак (атрибутивних змінних), що відносяться до норми міжнародного права і наявність яких робить її працездатною, можна віднести такі як: юридична обов'язковість норми, точне опосередкування в ній соціальної мети відповідно об'єктивним потребам міжнародних відносин, правильне відображення в нормі закономірностей розвитку міжнародних відносин, соціальна цінність, оптимальність правового припису з точки зору техніко-юридичних властивостей норми (чіткість, ясність формулювань, конкретність та ін.). Вивчення і оцінка міжнародних норм на основі зазначених показників дозволяють встановити причини їх недосконалості і намітити шляхи для усунення наявних у них недоліків.

На рівень ефективності реалізації міжнародних договорів впливають різні фактори (умови), які на відміну від показників ефективності, складають необхідне середовище, у якому конкретне явище (норма права) може виникнути, існувати і розвиватися. Умови ефективності є зовнішніми, незалежними від досліджуваної норми обставинами, що діють окремо від норми або поряд з нею і створюють певне середовище, яке впливає на якість правотворчості і правореалізації. До таких факторів ефективності можемо насамперед віднести: найважливіші соціально-політичні, науково-технічні, економічні, правові та інші чинники, що впливають на рівень ефективності міжнародно-правових норм, а саме воля і інтереси держав, міжнародно-правова свідомість, своєчасність розробки міжнародно-правових норм, правильний вибір кола суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, науково-технічний прогрес, врахування принципів системного підходу в процесі правового опосередкування міжнародних відносин, правомірна поведінка держав тощо.

Правова основа і перспектива ефективності міжнародних договорів закладається вже на стадії їх розробки. Від міжнародної нормотворчості залежить якість правової норми, її обґрунтованість, відповідність основним соціальним цілям, ступінь впливу на поведінку суб'єктів права і, отже, ефективність³. У зв'язку з цим слід особливу увагу приділяти цій стадії договірному процесу. Якісний і юридично грамотний текст міжнародного договору з чіткими формулюваннями одна з важливих передумов його майбутньої ефективності⁴. Відтак переговори та розробка тексту є чи не найбільш відповідальною стадією договірному процесу, що має як юридичне, так і політичне значення. Тим, хто задіяний у цьому процесі (юристи, дипломати) необхідно враховувати тенденції розвитку і змін у міжнародно-правовому регулюванні, політичні реалії. Варто враховувати й те, що навіть найдосконаліше опрацювання тексту договору не може забезпечити всіх питань і, відповідно, у процесі реалізації договору є потреба в уточненні.

Обставини, умови, що впливають на інтереси і відповідно на правову позицію держави щодо самої необхідності розробки норми міжнародного права, її змісту, умов застосування є важливими факторами міжнародної нормотворчості. Показники ефективності майбутнього міжнародного договору на нормотворчій стадії обумовлені такими політико-правовими факторами, як: взаємозалежність держав, ступінь втілення інтересів держав, науково-технічний прогрес, своєчасність розробки міжнародно-правових норм (фактор часу), врахування принципів системного підходу в міжнародно-правовому регулюванні, вибір оптимального методу правового регулювання, правове регулювання нормотворчого процесу, правила процедури дотримання принципу універсальності, чіткість і визначеність положень майбутнього договору, взаємопов'язаність і узгодженість норм як в самому договорі, так і з іншими міжнародними договорами у відповідній сфері.

Л.Х. Мінгазов серед юридичних умов прийняття оптимальної норми міжнародного права називає наступні: правильний вибір кола суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню; дотримання принципу універсальності при визначенні суб'єктів міжнародної правотворчості; своєчасність розробки міжнародно-правових норм; облік принципів системного підходу; вибір адекватної форми нормативного акту (наприклад, двосторонній або багатосторонній договір); забезпечення належної координації прав та

¹ Тодика Ю.М. Конституція України: проблеми теорії і практики: монографія. Харків. Факт, 2000. С. 255

² Каширкина А.А., Морозов А.Н. Международно-правовые модели Европейского Союза и Таможенного союза: сравнительный анализ: монография / отв. ред. А.Я. Капустин. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Юридическая фирма «Контракт», Москва, 2012. С. 286

³ Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.10; Казанский государственный университет, Казань, 2000. С. 22

⁴ Лукашук И.И. Форма международных договоров: Учебно-практическое пособие. Москва, Спартак, 2001. С. 16

обов'язків сторін у договорі, вибір оптимального методу міжнародно-правового регулювання і, зокрема, дотримання правил законодавчої техніки; міра стабільності міжнародно-правової норми та ін.⁵

З метою вдосконалення механізмів міжнародної нормотворчості, підвищення ефективності прийнятих норм, на нашу думку, слід, по-перше, максимально підвищити результативність договірної ініціативи і концептуального забезпечення механізму ведення переговорів як двосторонніх, так і багатосторонніх по підготовці міжнародних угод, по-друге, враховуючи співвідношення динамізму міжнародного життя і стабільності права, своєчасно змінювати, поновлювати, переглядати застарілі норми міжнародного права, приводити їх у відповідність до мінливих умов, по-третє, створити механізми по вивченню недоліків міжнародно-правових актів і оперативного внесення в них поправок, змін, по-четверте, з метою своєчасного оновлення міжнародних договорів використовувати різні засоби, зокрема, прийняття гнучких рамкових конвенцій і імплементуючих їх протоколів; включення до тексту угоди спеціальних статей, що стосуються процедур швидкого їх поновлення та ін., по-п'яте, у межах міжнародних органів і організацій, яким належить важлива роль у якості механізму поновлення норм міжнародного права, варто ввести ефективно діючу систему аналізу й оцінки дії правових норм, що містяться в міжнародних актах.

Загальновідомо, що призначенням норм будь-якої системи права є досягнення конкретного соціального результату і отже одним з показників ефективності норми права є оптимальний рівень її реалізації. Відтак, ефективність норм міжнародного права як соціальна результативність їх дії – це досягнення максимально близького до наміченого в меті норми соціально-корисного регулятивного впливу на суб'єктів міжнародних відносин. Об'єктивним критерієм оцінки рівня реалізації є певний загальний стан урегульованості та порядку міжнародних відносин, міжнародна законність. Вважаємо, що показниками результативності дії норми повинні служити ті, які характеризують соціальний і правовий результат дії правової норми, а саме: 1) відповідність поведінки суб'єктів міжнародного права приписам норми права (правомірна поведінка); 2) повнота і точність реалізації прав і обов'язків, що містяться в нормі міжнародного права; 3) ступінь досягнення соціальних цілей норм права і їх здійснення відповідно до мети і об'єкту. Якщо говорити більш конкретно, то результати проявляються у вигляді таких охоронюваних соціальних цінностей і благ, як загальний мир і безпека, права і свободи людини, збереження навколишнього середовища, реалізація державою свого права на участь в міжнародному спілкуванні тощо. При цьому для визначення ефективності конкретних міжнародних договорів важливе значення мають питання досягнення безпосередніх цілей, закріплених учасниками в договорі.

У якості ще одного критерію ефективності міжнародного договору можемо виділити витрати на його реалізацію. На наш погляд, не можуть вважатися ефективними ті міжнародні договори, що вимагають колосальних витрат держави на їхнє виконання, коли витрати непропорційні ефекту від такого договору. У будь-якому разі, витрати на реалізацію конкретного міжнародного договору повинні бути економічно обґрунтовані. Економічні аспекти повинні враховуватися на стадії підготовки проекту міжнародного договору або приєднання до вже діючого договору, беручи до уваги зокрема рівень, на якому укладено міжнародний договір. Так, наприклад, міжнародний договір міжвідомчого характеру не може вимагати на реалізацію витрат більше, ніж міжурядовий або міждержавний договір.

Держави не випадково пов'язують ефективність з сумлінним виконанням зобов'язань, з досягненням правових і соціальних результатів, передбачених нормами міжнародного права. Факторами, що відносяться до конкретних держав і зумовлюють вплив на дієвість договорів є їхнє членство у складі міждержавних об'єднань, міжнародно-правова позиція, ціннісні орієнтації, позитивна відповідальність і активність, потреби і інтереси як сполучні ланки норми права і поведінки, міжнародна правосвідомість, національна процедура надання згоди на обов'язковість міжнародного договору, зіставність положень міжнародного договору з національним правом держави, що імплементує міжнародний договір тощо.

Ефективність дії міжнародного права значною мірою залежить від його підтримки з боку внутрішньодержавного права⁶. Так, міжнародні договори і національне законодавство України взаємодіють у двох формах. По-перше, міжнародні договори впливають на створення і зміст нормативних актів України. По-друге, визнані Українською державою міжнародні договори мають здатність прямої дії, можуть безпосередньо застосовуватися у відповідних внутрішньодержавних відносинах⁷.

На наш погляд, основу ефективності міжнародних договорів України складають її інтереси, виражені шляхом успішної й оптимальної роботи щодо участі в підготовці проектів міжнародних договорів у різних сферах, їх прийняття, набуття чинності і реалізація на різних рівнях. При цьому органи державної влади мають діяти в контексті єдиної зовнішньополітичної лінії, якій відповідає нарощування і розширення між-

⁵ Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.10. Казанский государственный университет, Казань, 2000. С. 415.

⁶ Шиферау А.Г. Внутригосударственное право как средство обеспечения выполнения международных договоров : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.10. Москва, 1995. С. 6

⁷ Рагуліна К.А. Вплив міжнародних договорів на національне законодавство України: загальнотеоретичний аспект. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Одеса, 2018. № 35. С. 36.

державного діалогу та співпраці з найширшим колом держав і з різних питань. Зміцнення міжнародних позицій України, а також вирішення завдань, пов'язаних з встановленням рівноправних, взаємовигідних, партнерських відносин з усіма країнами, успішне просування її зовнішньоекономічних інтересів, забезпечення політичного, економічного, інформаційного і культурного впливу за кордоном вимагають задіяти всі наявні у розпорядженні держави фінансово-економічні важелі й адекватне ресурсне забезпечення зовнішньої політики України.

В Україні чинні міжнародні договори істотно впливають на зміст галузей внутрішньодержавного права і використовуються в судовій правозастосовній практиці нашої держави. Вони не лише сприяють розвитку міждержавного співробітництва та належному забезпеченню національних інтересів, здійсненню цілей і завдань пріоритетних напрямів зовнішньої політики нашої держави, а й можуть завдяки своєму пріоритету над нормами відповідних законодавчих актів України змінювати регулювання правових відносин, установлених національним законодавством у різних сферах суспільного життя¹. Сумлінне додержання й успішне виконання Україною взятих на себе договірних зобов'язань є важливим показником дієвості міжнародних норм на державному рівні.

Проблема підвищення ефективності міжнародного права в Україні повинна висуватися нині на одне з перших місць. Для її вирішення недостатньо зусиль окремих вчених-юристів. Складність, комплексність проблеми вимагає залучення для її дослідження фахівців різних галузей знання: соціологів, психологів, політологів, істориків. Тому вбачається за доцільне створити в рамках МЗС України дослідницьку групу з числа таких фахівців для вивчення всього комплексу проблем, пов'язаних з удосконаленням міжнародного права і підвищенням його ефективності. Перед дослідницькою групою можуть бути поставлені завдання, які мають прикладний характер: 1) вивчення практики застосування чинних міжнародних договорів з метою встановлення причин їх недостатньої ефективності і підготовки рекомендацій щодо усунення виявлених недоліків; 2) підготовка рекомендацій щодо шляхів, способів застосування та тлумачення конкретних міжнародних актів для практичних працівників державних установ: судів, прокуратури, міністерств і відомств; 3) вивчення (прогнозування) тенденції розвитку міжнародних відносин, особливо, у сферах, врегульованих міжнародним правом і які потребують такого врегулювання.

Для ефективного виконання міжнародних зобов'язань України з питань, що входять до компетенції органів виконавчої влади, даними органами доцільно здійснювати функцію моніторингу чинних міжнародних договорів України, а також сфер міжнародного співробітництва, де міжнародні договори відсутні, але укладення яких відповідає національним інтересам. До повноважень міністерств могла б входити оцінка результативності виконання міжнародних договорів з питань, що входять до їх компетенції, і внесення пропозицій до Кабінету Міністрів України щодо підвищення ефективності міжнародних договорів України та ініціювання розробки внесення змін до законодавства.

У правозастосовній практиці виникають проблеми зокрема через низький рівень знань юридичними кадрами щодо застосування міжнародних норм. Тому об'єктивно особливої уваги заслуговує питання про підвищення міжнародно-правової свідомості громадян і особливо практичних працівників правоохоронних органів². Одним з найважливіших елементів формування правосвідомості є інформованість щодо існування часових меж дії міжнародних договорів України і конкретного їхнього змісту. З метою більш повної інформованості населення та посадових осіб, а також державних органів щодо чинних міжнародних договорів за участю України вбачається за доцільне розробити ефективний механізм доведення текстів міжнародних договорів України, які набрали чинності до відома відповідних органів і населення. Неоприлюднення міжнародних договорів або ж опублікування в такій формі, що використовувати їх у правозастосовній діяльності досить складно є однією з істотних проблем їхньої імплементації в Україні. Слід констатувати неприпустимість продовження практики опублікування законів про ратифікацію міжнародних договорів без оприлюднення текстів самих договорів. Міністерство Закордонних Справ України, на нашу думку, має також вести реєстр підписаних Україною, але не набувши чинності міжнародних договорів, які вона має наміри визнати для себе юридично обов'язковими або вийти з числа учасників таких договорів та розміщувати їхній текст і офіційну інформацію на сайті.

Позитивний внесок у підвищення ефективності міжнародного права здатна внести громадськість. Її участь в створенні і застосуванні міжнародного права дозволяє привнести в нього ідеї, які підтримуються не тільки державними органами, а й усім населенням. У низці випадків саме громадськість здатна дати імпульс до розгляду тієї чи іншої проблеми, ще не відображеної в міжнародному праві. Тобто, слід повніше використовувати потенціал громадських сил. Для цього необхідний ефективний механізм вивчення громадської думки³.

¹ Рагуліна К.А. Міжнародні договори України як механізм регуляції внутрішньодержавних правовідносин: актуальні загальнотеоретичні питання / Актуальні питання та проблеми правового регулювання суспільних відносин: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 6 – 7 березня 2020 р. Дніпро: ГО «Правовий світ», 2020. С. 14

² Тодика Ю.М. Конституція України: проблеми теорії і практики: монографія. Харків. Факт, 2000. С. 260.

³ Мингазов Л. Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук:

Висновки. Розглядаючи проблему ефективності міжнародних договорів варто брати до уваги всі стадії договірному процесу, починаючи з розробки проекту міжнародного договору і закінчуючи його реалізацією. Виходячи з цього, всі обставини, що впливають на ефективність, можна розділити на умови, які стосуються міжнародної нормотворчості, і умови, які стосуються дії та реалізації права. Створення норми міжнародного права саме по собі ще недостатньо для її ефективності, адже необхідно також, щоб дана норма втілилася в життя, реальну поведінку суб'єктів міжнародного права. Інакше кажучи, ефективність є проявом здатності норми міжнародного права фактично впливати на міжнародні відносини в потрібному, який визначається цілями її творців, напрямку. Таким чином, під ефективністю міжнародних договорів і, відповідно, закріплених у ньому норм, можна в широкому сенсі розуміти їх результативність. Проявом результативності норми міжнародного права є міра і рівень досягнень тієї соціально корисної мети або цілей, заради яких створювалася така норма та які на це було здійснено витрати як матеріальні, так і нематеріальні.

Анотація.

У даній статті досліджуються загальнотеоретичні аспекти проблеми ефективності міжнародних договорів. Розглянуто критерії, які характеризують внутрішні якості міжнародних норм та результативність їхньої дії. Особлива увага приділяється виявленню та диференціації політико-правових, соціальних факторів, які безпосередньо чи опосередковано впливають на ефективність міжнародних договірних норм на стадіях їх розробки, прийняття та реалізації. Акцентується увага на проблематиці підвищення ефективності міжнародних договорів України та запропоновані деякі практичні рекомендації вдосконалення умов їхнього застосування на внутрішньодержавному рівні.

Summary.

General theoretical aspects of the problem of the effectiveness of international agreements are investigated in this article. Criteria that characterize the internal qualities of international norms and the effectiveness of their action are considered. Special attention is paid to the identification and differentiation of political, legal, social factors that directly or indirectly affect the effectiveness of international treaty norms at the stages of their development, adoption and implementation. Attention is focused on the problems of increasing the effectiveness of international treaties of Ukraine. Some practical recommendations are proposed for improving the conditions for their application at the domestic level.

References:

1. Каширкина А.А., Морозов А.Н. Международно-правовые модели Европейского Союза и Таможенного союза: сравнительный анализ: монография / отв. ред. А.Я. Капустин. Москва: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Юридическая фирма «Контракт», 2012. 368 с.
2. Лукашук И.И. Форма международных договоров: Учебно-практическое пособие. Москва, Спартак, 2001. 111 с.
3. Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы: автореферат дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.10. Казанский государственный университет, Казань, 2000. 41 с.
4. Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.10. Казанский государственный университет, Казань, 2000. 465 с.
5. Рагуліна К.А. Вплив міжнародних договорів на національне законодавство України: загальнотеоретичний аспект. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Одеса, 2018. № 35. С. 32–36.
6. Рагуліна К.А. Міжнародні договори України як механізм регуляції внутрішньодержавних правовідносин: актуальні загальнотеоретичні питання. *Актуальні питання та проблеми правового регулювання суспільних відносин: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 6–7 березня 2020 р. Дніпро: ГО «Правовий світ», 2020. С. 10–15*
7. Тодика Ю.М. Конституція України: проблеми теорії і практики: монографія. Харків. Факт, 2000. 608 с.
8. Шиферау А.Г. Внутригосударственное право как средство обеспечения выполнения международных договоров: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Москва, 1995. 23 с.

Rahulina Kseniia,

Junior Research Fellow

*Research Institute of State Building and Local Self-Government
National Academy of Legal Sciences of Ukraine*

The state of scientific development of an electronic document as evidence in criminal proceedings

Стан наукового розроблення електронного документа як доказу у кримінальному провадженні

Ratnova Alina

Key words:

evidence, electronic document, electronic evidence, digital evidence, criminal proceedings

Ключові слова:

доказ, електронний документ, електронний доказ, цифровий доказ, кримінальне провадження,

Постановка проблеми. Розширення сфери використання комп'ютерних технологій дає можливість спростити та пришвидшити отримання необхідних даних, покращити доступність інформаційних ресурсів та їх систематизацію. В цей же час, збільшується можливість вчинення кримінальних правопорушень з використанням сучасних інноваційних технологій.

Електронні документи стосуються не лише кіберзлочинів, а майже всіх сфер злочинної діяльності. Правопорушники та потерпілі можуть спілкуватись за допомогою електронної пошти, соціальних мереж та інших способів у мережі Інтернет. Листування у соціальній мережі може підтвердити чи спростувати факт висловлення образ, погроз, шантажу; схилення до вчинення чи приховування злочинів; встановити мотив і мету злочину; факт отримання чи пересилання коштів тощо.

Безперечно, можливість використання електронних документів у суді можна назвати новелою та прогресивним нововведенням. Однак процедура оформлення, подання і дослідження таких доказів, на жаль, наразі залишається не в повній мірі врегульованою. Це тягне за собою наслідок, що використання електронних доказів у судових процесах не завжди є ефективним. Все вищезазначене свідчить про необхідність доопрацювання чинних процесуальних кодексів, в частині внесення до них чітких правил оперування електронними даними¹.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Електронні документи у кримінальному процесі та криміналістиці досліджували Н.М. Ахтирська, С.Й. Гонгало, С.О. Ковальчук, І.О. Крицька, Т.Е. Кукарникова, В.В. Мурадов, Ю.Ю. Орлов, С.М. Стахівський, С.С. Чернявський, Д.М. Цехан, Г.Л. Чигрина, О.В. Шведова та інші науковці.

Метою статті є аналіз сучасного стану наукового розроблення електронних документів у кримінальному провадженні в Україні та закордоном.

Виклад основного матеріалу. Одним з перших науковців, який говорив про можливість використання електронних документів як доказів у кримінальних справах був В.К. Лисиченко. Він зазначав, що поширення технічних засобів фото-, відео-, фоно зйомки, які за своєю природою та значенням відрізняються від документів і можливість їх використання у доказуванні повинно позитивно впливати не тільки на практику слідчих і судових органів, але і на розвиток норм процесуального права. У зв'язку з цим, Лисиченко В.К. рекомендує врегулювати питання доказового значення носіїв фактичної інформації, зафіксованої за допомогою таких засобів².

Белкін А.Р. зазначив, що широке використання комп'ютерної техніки у різних сферах людської діяльності ставить на порядок денний питання про використання в доказуванні документів на безпаперових носіях інформації³.

¹ Аналіз судової практики місцевих судів м. Харкова і Харківської області, Апеляційного суду Харківської області та Харківського апеляційного суду щодо використання електронних доказів (доказів вчинення злочину, які можна отримати в електронній формі) по справам, які перебували на розгляді у 2018 та 2019 роках. URL. https://hra.court.gov.ua/sud4818/inshe/inf_court/uzag20k1 (дата звернення 14.12.2020).

² Лисиченко В. К. Криминалистическое исследование документов (правовые и методологические проблемы) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Киев. гос. ун-т им. Т. Г. Шевченко. Киев, 1973. с.12.

³ Белкин А. Р. Теория доказывания. Научно-методическое пособие. М.: Издательство НОРМА, 1999. с.164-165

У своїй дисертації «Електронний документ в кримінальному процесі та криміналістиці» Кукарникова Т.Е. вперше розглянула електронний документ як різновид доказу у кримінальному процесі⁴.

Чигрина Г.Л. у своїй роботі зазначає про можливість і доцільність використання такого різновиду документів, як «електронний документ», у якості джерела доказів, у випадках, коли він містить інформацію, яка має значення для правильного вирішення справи. Вона також пропонує порядок залучення «електронного документа» до кримінального процесу, який на її думку, доцільно закріпити у КПК України⁵.

Шведова О.В. у своїй науковій розробці провела дослідження теоретичних, методологічних і практичних засад комплексного криміналістичного дослідження документів, виконаних за допомогою комп'ютерних технологій. Вона приділила увагу поняттю і класифікації предмета, завдань, об'єктів, методів і методик комплексного криміналістичного дослідження документів, виконаних за допомогою комп'ютерних технологій. Крім того, науковець дає наукове визначення електронного документа, розглядає основні характеристики і ознаки електронного документа та пропонує класифікацію електронних документів⁶.

Окрім Шведової О.В., дослідженням електронного документа займався Гонгало С.Й. У роботі «Судова техніко-криміналістична експертиза документів: сучасні можливості дослідження та перспективи розвитку» ним класифіковано і охарактеризовано електронні документи за видами, запропоновано методику дослідження електронних документів, розглянуто особливості експертного дослідження електронних документів у середовищі їх існування, особливості отримання криміналістично значущої інформації, зокрема комп'ютерної, яка міститься у документах. Гонгало С.Й. визначає електронний документ як різновид традиційного документа, що відрізняється від нього лише електронно-цифровою формою та потребує розкодування – візуалізації. Електронний документ, на його думку, є стадією розвитку документа після рукописного, друкованого та комбінованого документа з елементами захисту від підроблення⁷.

Дослідження Шведової О.В. та Гонгало С.Й. присвячені більшою мірою криміналістичним основам дослідження електронного документа та проведенню його експертизи.

Бідняк Г.С. у своїй дисертації «Використання спеціальних знань під час розслідування шахрайств» звертає увагу на те, що більшість шахрайств вчинюється за допомогою різноманітних документів (у т.ч. електронних). У дослідженні запропоновано порядок огляду, вилучення та упакування комп'ютерних пристроїв, на яких можуть міститись електронні документи. Звернено увагу на необхідність залучення спеціаліста при огляді та вилученні електронних документів⁸.

Орлов Ю.Ю. та Чернявський С.С. зазначили, що між «класичними» документами й так званими «електронними документами» є багато відмінностей, які стосуються не лише форми подання інформації, а також її змісту і, крім того, – походження доказу, його природи, можливостей експертного дослідження. Ці відмінності «класичних» документів від так званих «електронних документів» у своїй сукупності дозволяють говорити про два різних джерела доказів. «Електронні документи» як джерела доказів у кримінальному провадженні, на їх думку, не є документами у традиційному розумінні. Через цю обставину, а також з метою уникнути термінологічної плутанини, вони пропонують позначати їх спеціальним терміном «електронне відображення» й вважати самостійним джерелом доказів у кримінальному провадженні й окремим видом доказів⁹.

Федотов М.М. пропонує використовувати поняття форензика для найменування відносно нового розділу криміналістики, який вивчає комп'ютерні докази. Науковець відмічає про існування електронних документів, електронних слідів, пропонує використання і дослідження електронної пошти, виокремлює особливості проведення комп'ютерно-технічної експертизи електронного документа¹⁰.

Хижняк Є.С. досліджував сутність терміну «електронний документ» та його властивості. Вивчав особливості процесуального закріплення електронних доказів, а також тактичні особливості оформлення результатів слідчого огляду¹¹.

⁴ Кукарникова Т. Э. Электронный документ в уголовном процессе и криминалистике: дисс. ... к.ю.н. Воронеж, 2003. 204 с.

⁵ Чигрина Г.Л. Джерела доказів у кримінальних справах про ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів : автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Національний університет внутрішніх справ. 2004. Київ. с. 15

⁶ Шведова О.В. Комплексне криміналістичне дослідження документів, виконаних за допомогою комп'ютерних технологій. Автореферат, 2006. Київ. 19 с.

⁷ Гонгало С.Й. Судова техніко-криміналістична експертиза документів: сучасні можливості дослідження та перспективи розвитку. Дис. канд. юр. наук із спеціальності 12.00.09. Острогоз 2013. 190 с.

⁸ Бідняк Г.С. Використання спеціальних знань при розслідуванні шахрайств. Дисертація. Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Дніпро. 2018. 218 с.

⁹ Орлов Ю. Ю., Чернявський С. С. Електронне відображення як джерело доказів у кримінальному провадженні. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 1(13). С. 12–22

¹⁰ Федотов Н.Н. Форензика. Компьютерная криминалистика. М.: Юридический мир, 2007. с. 11, 47.

¹¹ Хижняк Є.С. Особливості огляду електронних документів під час розслідування кримінальних правопорушень. Держава та регіони. Серія: Право, 2017 р., №4 (58). С.80-85.

Стахівський С.М. виділяє електронні речові докази та електронні документи. Науковець пропонує визначення електронних речових доказів, а саме, що це будь-які носії комп'ютерної інформації чи програмні об'єкти, які містять специфічні сліди злочину чи інформацію, що буде сприяти встановленню злочину. Вчений зазначає, що електронний документ це комп'ютерна інформація в цілому, яка має доказове значення у кримінальній справі та пропонує використання комп'ютерної мережі в процесі доказування¹

Цехан Д.М. досліджує «цифрові докази», зазначає про необхідність залучення спеціаліста, використання сертифікованого програмного забезпечення для фіксації таких доказів та пропонує способи забезпечення допустимості².

Самойленко О.А. у посібнику «Виявлення та розслідування кіберзлочинів» ототожнює поняття «інформація в електронній формі», «електронні дані», «електронний документ». Вона вважає, що такий доказ не може існувати без носія інформації – джерела електронних даних як доказів, якими є різноманітні носії інформації. У посібнику розглянуто типові слідчі ситуації та тактичні операції під час розслідування кіберзлочинів, запропоновано тактичні правила проведення слідчих (розшукових) дій спрямованих на збирання, вилучення доказів в електронній формі, досліджено загальні тактичні особливості проведення негласних слідчих (розшукових) дій³

Столітній А.В., Каланча І.Г. зазначили, що в науці кримінального процесу формування інституту “електронного доказу” є штучним. Однією з причин, які цьому сприяють є зміни щодо електронних доказів до ГПК, ЦПК, КАСУ, які минули КПК України. Вони не поділяють такої позиції галузевого законодавства з огляду на неможливість застосування для виокремлення нового джерела доказів таких характеристик, як форма фіксації інформації, ознаки носія інформації чи спосіб відтворення даних. Однак, безумовно, враховуючи стрімкий розвиток інформаційних технологій, є перспектива створення такого формату електронної інформації (в тому числі способу перевірки її незмінності та цілісності без проведення експертного дослідження), що потребуватиме розширення джерел доказів – електронними⁴.

З аналізу проведених досліджень можна зробити висновок про те, що науковці та практики розглядають електронний документ як різновид документа, речовий доказ, різновид документа або речового доказу, джерело доказу, або вважають його не самостійним доказом, а лише способом фіксації інших доказів.

На сьогодні ні правове регулювання, ні ступінь наукової розробленості проблем, пов'язаних з електронними доказами в кримінальному процесі, не відповідають вимогам практики. Зокрема, потребує перегляду в електронних реаліях закріплений у ч. 1 ст. 99 КПК України принцип прив'язки документа до матеріального носія інформації. За такого підходу, документом у процесуальному значенні має вважатися не окремий електронний файл, що містить відомості, які мають значення для кримінального провадження, а фізичний носій електронної інформації, що містить згаданий файл. До того ж сучасні фізичні носії електронної інформації здатні містити мільйони файлів різного формату та розміру одночасно, лише одиниці з яких можуть стосуватися певного кримінального провадження. Через згаданий принцип також виникають процесуальні труднощі при потребі вилучення даних через електронні мережі з віддалених носіїв інформації, до яких у правоохоронних органів немає безпосереднього доступу. Названі проблеми є лише одиничними прикладами перешкод, з якими стикаються правоохоронці під час роботи з електронними слідами (відображеннями) та електронними документами в кримінальному провадженні⁵.

На противагу українським науковцям, закордонні вчені та практики вже давно співпрацюють, досліджують електронний документ та поширюють практику його використання. Зазвичай, використовується термін цифровий доказ («digital evidence») під яким розуміють будь-які дані, які можуть підтвердити вчинення злочину, або можуть встановити зв'язок між злочином та жертвою чи злочином і злочинцем⁶.

Зокрема, ще у 2001 році у Великобританії засновано компанію «Digital Detective» (в перекл. з англ. «цифровий детектив»), яка розробляє криміналістичне програмне забезпечення для вилучення та аналізу цифрових даних з різних цифрових пристроїв⁷. Дана компанія співпрацює як з державними так і з недержавними організаціями.

¹ Стахівський С.М. Кримінально-процесуальні засоби доказування. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. Київ, 2005. с.21.

² Цехан Д. М. Цифрові докази: поняття, особливості та місце у системі доказування. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. 2013. Вип. 5. С. 256-260.

³ Самойленко О.А. Виявлення та розслідування кіберзлочинів [Текст]: навчально-методичний посібник / О. А. Самойленко. Одеса : , 2020. 112 с.

⁴ Столітній А. В., Каланча І. Г. Формування інституту «електронних доказів» у кримінальному процесі України. Проблеми законності. 2019. Вип. 146. С. 188.

⁵ Коваленко А.В. Електронні докази в кримінальному провадженні: сучасний стан та перспективи використання. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2018. Вип. 4. С. 239.

⁶ Casey E. Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet (3rd edition). 2011. 14p.

⁷ Digital Detective. URL. <https://www.digital-detective.net/> (дата звернення 14.12.2020).

Одним з посібників, які використовує «Digital Detective» у своїй діяльності є Посібник рекомендованих стандартів з цифрових доказів, який розроблений у 2012 році Асоціацією керівників поліції Англії, Уельсу та Північної Ірландії (Association of Chief Police Officers of England, Wales and Northern Ireland (ACPO))⁸.

У межах міжнародного проекту «Evidence» (в перекл. з англ. «доказ»), за сприяння Програми правосуддя Європейського союзу в 2015 році розроблено Каталог програм та пристроїв, що використовуються для роботи з електронними доказами⁹. Інший спільний міжнародний проект «EVIDENCE2 e-CODEX» (в перекл. з англ. «Доказ 2 Е-КОДЕКС») створив цифрову інфраструктуру, яка підтримує обмін даними між юридичними органами для багатьох транскордонних юридичних процедур у цивільному та кримінальному праві. Паралельно проект EVIDENCE2 розробив огляд правової бази щодо використання та обміну електронними доказами; працював над загальними визначеннями поняття доказів; визначив технічний стандарт для обміну електронними доказами¹⁰. В межах цих проектів проводились багаторазові семінари, конференції для впровадження єдиної системи роботи з електронними доказами у європейських державах.

У 2017 році науковцями Стівеном Мейсоном та Даніелем Сенгом у співавторстві з іншими науковцями у Лондоні було опубліковано четверте видання книги Electronic Evidence. У даному посібнику розкрито основні характеристики електронних доказів та пристроїв на яких вони можуть міститись, способи збирання і зберігання електронних доказів, проведення експертних досліджень¹¹.

Огляд наукових досліджень українських вчених свідчить про те, що на даний час необхідно вдосконалити нормативне регулювання електронних документів та створити єдиний комплексний підхід щодо дослідження електронного документу у кримінальному провадженні, запровадити основи використання цих знань у практичній діяльності.

Висновки. Незважаючи на активне використання електронних документів, він залишається найменш дослідженим та найменш використовуваним під час доказування у кримінальному провадженні в Україні. Електронні документи суттєво відрізняються від інших видів доказів, що спричиняє виникнення труднощів при роботі з ними. В Україні відсутні стандарти, які могли б сприяти однаково розумінню, виявленню, збиранню, дослідженню електронних документів на стадії досудового розслідування чи судового розгляду. Це вказує на необхідність розширення знань про електронні документи, гармонізацію національного законодавства з міжнародними актами, використання досвіду та практики іноземних держав, запровадження ефективного механізму роботи з електронними документами що сприятиме досягненню завдань кримінального провадження.

Анотація.

У статті проведено аналіз стану наукових досліджень електронного документу у кримінальному провадженні в Україні та закордоном. Дослідження електронного документу закордоном суттєво відрізняється від стану наукового розроблення в Україні. Науковці іноземних держав сприяють створенню єдиних рекомендацій по роботі з електронними документами для правоохоронних органів, суду та сприяють впровадженню застосуванню їх у всіх державах. Натомість, в Україні ні законодавцем ні науковцями не запропоновано єдиного визначення електронного документу, відсутні стандарти та методики збирання, дослідження та використання електронних документів у доказуванні.

Summary.

The article analyzes the state of research of electronic documents in criminal proceedings in Ukraine and abroad. The study of an electronic document abroad differs significantly from the state of scientific development in Ukraine. Scientists from foreign countries contribute to the creation of uniform recommendations for working with electronic documents for law enforcement agencies, courts and promote their implementation in all countries. However, in Ukraine, neither the legislator nor scientists have proposed a single definition of an electronic document, there are no standards and methods of collecting, researching and using electronic documents in evidence.

References:

1. Аналіз судової практики місцевих судів м. Харкова і Харківської області, Апеляційного суду Харківської області та Харківського апеляційного суду щодо використання електронних доказів (доказів вчинення злочи-

⁸ The Association of Chief Police Officers. Good Practice Guide for Digital Evidence. 2012. URL. https://www.digital-detective.net/digital-forensics-documents/ACPO_Good_Practice_Guide_for_Digital_Evidence_v5.pdf (дата звернення 14.12.2020).

⁹ Electronic evidence, expertly explored. An official website of the European Union. 16.03.2017. URL. https://ec.europa.eu/research/infocentre/article_en.cfm?id=/research/headlines/news/article_17_03_16_en.html?infocentre&item=Infocentre&artid=43496 (дата звернення 14.12.2020).

¹⁰ EVIDENCE2e-CODEX Linking EVIDENCE into e-CODEX for EIO and MLA procedures in Europe. URL. <https://evidence2e-codex.eu/> (дата звернення 14.12.2020).

¹¹ Mason, Stephen, and Daniel Seng, editors. Electronic Evidence. University of London Press, 2017. URL. www.jstor.org/stable/j.ctv512x65. (дата звернення 14.12.2020).

- ну, які можна отримати в електронній формі) по справам, які перебували на розгляді у 2018 та 2019 роках. URL. https://hra.court.gov.ua/sud4818/insh/inf_court/uzag20k1 (дата звернення 14.12.2020).
2. Лисиченко В. К. Криміналістическое исследование документов (правовые и методологические проблемы): дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Киев. гос. ун-т им. Т. Г. Шевченко. Киев, 1973. 64 с.
 3. Белкин А. Р. Теория доказывания. Научно-методическое пособие. М.: Издательство НОРМА, 1999. 429 с.
 4. Кукарникова Т. Э. Электронный документ в уголовном процессе и криминалистике: дисс. ... к.ю.н. Воронеж, 2003. 204 с.
 5. Чигрина Г.Л. Джерела доказів у кримінальних справах про ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів : автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Національний університет внутрішніх справ. 2004. Київ. 21 с.
 6. Шведова О.В. Комплексне криміналістичне дослідження документів, виконаних за допомогою комп'ютерних технологій. Автореферат, 2006. Київ. 19 с.
 7. Гонгало С.Й. Судова техніко-криміналістична експертиза документів: сучасні можливості дослідження та перспективи розвитку. Дис. канд. юр. наук із спеціальності 12.00.09. Острог. 2013. 190 с.
 8. Бідняк Г.С. Використання спеціальних знань при розслідуванні шахрайств. Дисертація. Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Дніпро. 2018. 218 с.
 9. Орлов Ю. Ю., Чернявський С. С. Електронне відображення як джерело доказів у кримінальному провадженні. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 1(13). С. 12–22.
 10. Федотов Н.Н. Форензика. Компьютерная криминалистика. М.: Юридический мир, 2007. 432 с.
 11. Хижняк Є.С. Особливості огляду електронних документів під час розслідування кримінальних правопорушень. Держава та регіони. Серія: Право, 2017 р., №4 (58). С.80-85.
 12. Стахівський С.М. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук «Кримінально-процесуальні засоби доказування», Київ, 2005. 31 с.
 13. Цехан Д. М. Цифрові докази: поняття, особливості та місце у системі доказування. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. 2013. Вип. 5. С. 256-260.
 14. Самойленко О.А. Виявлення та розслідування кіберзлочинів. Навчально-методичний посібник. Одеса: 2020. 112 с.
 15. Столітній А. В., Каланча І. Г. Формування інституту «електронних доказів» у кримінальному процесі України. Проблеми законності. 2019. Вип. 146. С. 179 – 191.
 16. Коваленко А.В. Електронні докази в кримінальному провадженні: сучасний стан та перспективи використання. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2018. Вип. 4. 239 с.
 17. Casey E. Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet (3rd edition). 2011. 770p.
 18. Digital Detective. URL. <https://www.digital-detective.net/> (дата звернення 14.12.2020).
 19. The Association of Chief Police Officers. Good Practice Guide for Digital Evidence. 2012. URL. https://www.digital-detective.net/digital-forensics-documents/ACPO_Good_Practice_Guide_for_Digital_Evidence_v5.pdf (дата звернення 14.12.2020).
 20. Electronic evidence, expertly explored. An official website of the European Union. 16.03.2017. URL. https://ec.europa.eu/research/infocentre/article_en.cfm?id=/research/headlines/news/article_17_03_16_en.html?infocentre&item=Infocentre&artid=43496 (дата звернення 14.12.2020).
 21. EVIDENCE2e-CODEX Linking EVIDENCE into e-CODEX for EIO and MLA procedures in Europe. URL. <https://evidence2e-codex.eu/> (дата звернення 14.12.2020).
 22. Mason, Stephen, and Daniel Seng, editors. Electronic Evidence. University of London Press, 2017. URL. www.jstor.org/stable/j.ctv512x65. (дата звернення 14.12.2020).

Ratnova Alina,

*adjunct of the Department of Criminal Procedure and Criminology
Lviv State University of Internal Affairs*

The impact of the European court of human rights on the providing system of the constitutionality of legal acts in Ukraine

Вплив Європейського суду з прав людини на систему забезпечення конституційності нормативних актів в Україні

Riznyk Serhiy

Keywords:

Constitutional Court of Ukraine, constitutionality of legal acts, constitutional control, European Court of Human Rights, providing system of the constitutionality of legal acts.

Ключові слова:

Конституційний Суд України, конституційність нормативних актів, конституційний контроль, Європейський суд з прав людини, система забезпечення конституційності нормативних актів.

Судова практика Європейського суду з прав людини останнім часом все частіше використовується не тільки Верховним Судом в обґрунтуванні мотивації власних рішень, а й місцевими та апеляційними судами в Україні. Натомість цікавим та водночас не до кінця однозначним є вплив ЄСПЛ та його судової практики на систему забезпечення конституційності нормативних актів в Україні, зокрема на діяльність Конституційного Суду України (надалі – КСУ).

Незважаючи на особливу актуальність означеної тематики, особливо враховуючи Євроатлантичну інтеграцію як мету української держави та законодавче підґрунтя для виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини¹, серед значної кількості наукових публікацій на конституційно-правову проблематику сьогодні в Україні складно віднайти ті, які стосуються питання впливу ЄСПЛ на систему забезпечення конституційності нормативних актів. Це не сприяє досягненню мети (місії) української конституційно-правової науки – утвердження доктрини конституціоналізму в національну державотворчу практику. Відтак, метою цієї статті є спроба дослідити вплив ЄСПЛ та його судової практики на систему забезпечення конституційності нормативних актів в Україні.

Європейська конвенція з прав людини як джерело конституційного права. В Україні вже тривалий час має місце досить неоднозначний підхід науковців до впливу міжнародного права для здійснення конституційного правосуддя. Як зауважив В. Шаповал, Конституція України не встановлює принципу примата міжнародних договорів або міжнародного права загалом. У разі невідповідності, наприклад, між законом України і міжнародним договором можна говорити лише про їх колізійність, а встановлення такої колізійності є, по суті, питанням законності і не віднесене до повноважень Конституційного Суду України.²

З одного боку, з цією позицією не посперечаєшся, адже, справді, КСУ не наділено, на відміну від окремих зарубіжних органів конституційного контролю, компетенцією встановлювати суперечність між національним та міжнародним правом. Але з іншої сторони, йдеться не про питання застосування актів міжнародного права як безпосередніх критеріїв конституційності нормативних актів, а про визнання спільних з міжнародним співтовариством універсальних конституційних цінностей.

Повага до цих цінностей знайшла своє відображення і в юридичній позиції Конституційного Суду України, відповідно до якої Суд враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна, зокрема Європейським судом з прав людини.³ Цією пози-

¹ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>.

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Шаповала В. М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-04#Text>. (дата звернення: 12.11.2019).

³ Рішення Конституційного Суду України у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>. (дата звернення: 13.05.2018).

цією Суд, фактично, розпочав формування в Україні доктрини «дружнього ставлення до міжнародного права». Хоча для її повноцінного і коректного становлення зроблено, на сьогодні недостатньо, навіть в контексті практики самого Конституційного Суду.

Свою повагу до ЄКПЛ висловлював і сам Європейський Союз ще при підписанні Маастрихтського договору, ст. 6 якого закріпила, що: «Союз поважає основні права, – як вони гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основних свобод, підписаною в Римі 4 листопада 1950 року, і як вони впливають з конституційних традицій, спільних для держав-членів, – як загальні принципи права Співтовариства».¹

Європейський суд з прав людини неодноразово характеризував Європейську конвенцію як *конституційний* інструмент європейського громадського порядку (*ordre public*).² В одному зі своїх перших рішень ЄСПЛ зазначив, що система захисту прав людини, передбачена Конвенцією, за своєю природою є субсидіарною, тобто допоміжною, і за встановленим нею процесуальним правилом особа може подати скаргу до Ради Європи лише після того, як використає всі доступні внутрішні державні засоби правового захисту. Таким чином, захист прав і свобод людини повинен бути забезпечений національними органами державної влади і в першу чергу – національними судами, які зобов'язані визнавати принципи і норми Конвенції як пріоритетної основи своєї діяльності.³

До речі, у Великій Британії проблему ієрархії національного права та Конвенції вирішили в досить своєрідний спосіб, прийнявши у 1998 році внутрішній Акт про права людини.⁴ У ньому, з відповідними відсиланнями, передбачено гарантування більшості з усіх людських прав, викладених в Європейській конвенції, що дозволило імплементувати їх безпосередньо у внутрішнє британське законодавство. В результаті, Верховний суд Великої Британії уповноважений визнавати нормативні акти такими, що не відповідають Конвенції. Це, хоча, й не тягне за собою втрати цими актами формальної чинності, але має наслідком їх подальше незастосування (крім законів парламенту, які, в разі відповідного рішення Суду, мають бути ще змінені (скасовані) самим парламентом).

За великим рахунком щось схоже відбулося і в Україні під час прийняття Конституції в 1996 році. Адже Розділ II національного Основного Закону «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», з більшою чи меншою точністю, по суті відображає всі змістовні приписи Конвенції. Тому, проблема «конвенційності чи конституційності» нормативних актів в Україні (в контексті ЄКПЛ) видається доволі штучною і непрактичною, тому що приписи Конвенції не повинні сприйматися виключно як текст акту міжнародного (підконституційного) права – потенційного об'єкту конституційного контролю, оскільки вже імплементовані в текст Конституції України, дорівнюють їм як за змістом, так і зазначенням.

Таким чином, нормативний акт, прийнятий українським суб'єктом владних повноважень, зміст якого суперечить Конвенції, за визначенням, не може відповідати Конституції України. В той же час, дуже важливо розрізняти факт суперечності нормативного акту і Конвенції та всі інші факти її порушення, що полягають в протиправних діях, не пов'язаних з неконституційністю того чи іншого акту. Натомість, нерідко, сам по собі факт порушення Конвенції, без з'ясування його складу, без встановлення джерелом порушення – нормативного акту, призводить до поспішного висновку щодо наявності підстав про визнання його неконституційним.

ЄСПЛ і національна система забезпечення конституційності нормативних актів в Україні. Слушним видається спостереження Т. Дудаш, що питання про юридичну природу рішень ЄСПЛ було і залишається одним з найбільш дискусійних у юридичній науці. Це пов'язано зі специфічною роллю Суду як наднаціонального юрисдикційного органу, який має виключне право тлумачити та застосовувати Конвенцію, та з особливостями правових систем держав-членів Ради Європи, яка поєднує континентальний та англо-саксонський тип правової системи.⁵

Тим не менше, для належного застосування Конституції України як системи писаних і неписаних норм, принципів і цінностей, у тому числі й принципу верховенства права, необхідна нова, «творча» роль Конституційного Суду України у процесі її застосування та тлумачення. Надійним орієнтиром у цьому процесі повинна слугувати практика застосування принципу верховенства права судами конституційних демократій та Європейським судом з прав людини.⁶

Конституційний Суд України в цьому плані не є унікальним, на юридичну аргументацію рішень конституційних судів в зарубіжних країнах істотно впливають рішення Європейського суду з прав людини;

¹ Комарова Т. В. Суд Європейського Союзу: розвиток судової системи та практики тлумачення права ЄС: монографія. Харків: Право, 2018. С. 92.

² Див. наприклад: Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Al-Skeini and Others v. the United Kingdom» від 7.07.2011 р. No. 55721/07. Para. 141. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105606>. (дата звернення: 24.03.2020).

³ Савенко М. Забезпечення прав і свобод людини і громадянина та їх захист органами конституційної юрисдикції. *Право України*. 1999. № 2. С. 8.

⁴ Human Rights Act. 1998. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1>. (дата звернення: 16.01.2020).

⁵ Дудаш Т. І. Практика Європейського суду з прав людини: навч.-практ. посіб. Київ: Алерта, 2013. С. 123.

⁶ Шевчук С. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України. *Право України*. 2011. № 5. С. 185.

рішення Європейського суду справедливості (у контексті гармонізації законодавства із правом Європейського Союзу); рішення органів конституційної юстиції зарубіжних країн.⁷ Як відзначає О. Буткевич, зважаючи на авторитетність рішень ЄСПЛ, вони все частіше стають основою для прийняття рішень іншими судовими інстанціями, і навіть судами країн – не членів ради Європи. Так, не поодинокі випадки звернення до рішень ЄСПЛ, зокрема Федеральним Судом США для мотивації своїх рішень. В даному випадку чітко проглядається сприйняття таких рішень в якості доктринального джерела права.⁸

До 2014 року, аналіз практики КСУ свідчив, що він застосовував норми міжнародного права, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та правові позиції ЄСПЛ, у 82-х рішеннях, з яких у 42-х вирішувалося питання про конституційність положень законів України, інших нормативних актів, та в 40-ка рішеннях було надано офіційне тлумачення Конституції і законів України. Варто також зазначити, що Суд застосовує не лише приписи міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а й інші міжнародно-правові акти й документи міжнародних організацій, які мають рекомендаційний характер (*soft law*).⁹

Після 2014 року ця статистика суттєво змінилася в користь міжнародного права. Наприклад, Конституційний Суд України, розвиваючи свою юридичну позицію щодо визначення обов'язкового виконання судових рішень складовою права на справедливий судовий захист, яка була сформульована з урахуванням положень пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, взяв до уваги практику застосування Європейським судом з прав людини положень зазначеної статті Конвенції в аспекті розуміння позитивного обов'язку держави щодо забезпечення виконання судового рішення.¹⁰

З іншої сторони, окремі рішення Конституційного Суду піддаються критиці через неправильне використання ним зарубіжної юридичної практики. Ось, наприклад, така позиція І. Сліденка: «З точки зору обраної методології, Рішення являє собою конструктор із штучно підлаштованих цитат Європейського суду з прав людини, які використовуються як спосіб доведення неконституційності. При цьому штучність такого цитування призвела до того, що практика ЄСПЛ виявилась відірваною від контексту або взагалі незастосовною та недоречною у Рішенні».¹¹ Тому розуміння змісту, методології творення та застосування прецедентного права ЄСПЛ просто необхідне для належної реалізації частини третьої статті 8 Конституції України, відповідно до якої норми Основного Закону України є нормами прямої дії.¹²

Звісно, як слушно зазначає Дж. Макбрайт, колишні справи в ЄСПЛ не завжди гратимуть вирішальну роль в українських умовах, бо ж обставини у них не обов'язково тотожні з конкретними обставинами, які виникають тут. Хоч там як, рішення Суду завжди треба розглядати в світлі конкретної правової системи, у якій виникнув спір. Проте сам факт, що справа виникла на ґрунті іншої країни, зовсім не означає, що прийняте в ній рішення не допомагає з'ясувати принципові вимоги, які зафіксовано в положеннях Конвенції, застосовуваних як норми національного права України. І це, зокрема, тому, що є чимало правових систем, які мають з українською багато спільного, щодо яких вже маємо конкретні прецеденти... Ця практика може також орієнтувати щодо того, на які права людини, передбачені Конституцією, треба посилалися в якихось конкретних випадках, хоча останнє слово тут, звичайно, належить Конституційному Суду.¹³

Хоча не всюди у Європі конституційні суди однаково ставляться до практики ЄСПЛ. КС Іспанії, наприклад, зауважив, що рішення ЄСПЛ мають тільки *potestad declarativa* (декларативну силу) та не діють у правовому режимі Іспанії. Однак ним було вирішено, що іспанські суди та інші органи влади зобов'язані тлумачити законодавство відповідно до цих рішень, особливо коли йдеться про тлумачення фундаментальних прав, що також гарантовані Конституцією Іспанії. КС Бельгії використовує метод послідовної інтерпретації з урахуванням практики ЄСПЛ і демонструє свою готовність, у разі потреби, навіть переглянути власну попередню судову практику. Верховні суди країн Північної Європи також визнають особ-

⁷ Савчин М. Ухвалення рішень конституційних судів у світлі доктрин конституційної легітимності та верховенства права. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2011. Том 116. С. 20.

⁸ Буткевич О. Чи є рішення Європейського Суду з прав людини обов'язковими для України, як цього вимагає закон? Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15 вересня 2012 р.); НУ «ОЮА». Одеса: Фенікс, 2012. С. 289.

⁹ Гультай М. Норми міжнародного права у практиці Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2014. № 6. С. 82.

¹⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі щодо забезпечення державою виконання судового рішення від 15 травня 2015 року № 2-р(II)/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-19#Text>. (дата звернення: 28.11.2019).

¹¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі щодо конституційності статті 368² Кримінального кодексу України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf01d710-19#n2>. (дата звернення: 12.01.2020).

¹² Шевчук С. В. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4–5. С. 124.

¹³ Макбрайт Дж. Принципи, що визначають тлумачення та застосування Європейської конвенції з прав людини. URL: <http://www.judges.org.ua/article/seminar21-1.htm>. (дата звернення: 11.04.2017).

ливу роль положень ЄКПЛ та практики Суду, щоб уникнути конституційних колізій між національними та загальноєвропейським правом. У Литві та Латвії вищі суди чітко погодилися взяти на себе зобов'язання щодо застосування практики ЄСПЛ, навіть при інтерпретації власної Конституції. Верховний суд Естонії прямо визнав пріоритет Конвенції над національним законодавством і власний обов'язок враховувати практику ЄСПЛ. Причому національні суди країн різних правових систем посилаються на практику Суду щодо тлумачення положень Конвенції, незалежно від того, як національні конституції визначають статус Конвенції в рамках національного правопорядку. Такі можливості можуть впливати з конституційних положень (Іспанія, Румунія); законодавчих положень (Сполучене Королівство) та практики конституційних судів (Італія та Німеччина).¹

Виходячи з вищевикладеного, враховуючи ключове значення універсальних правових принципів і цінностей в українському конституціоналізмі, а також вагомі здобутки ЄСПЛ у виробленні усталеної практики застосування ЄКПЛ, є всі підстави вважати Європейський суд з прав людини учасником національної системи забезпечення конституційності нормативних актів України. Зрештою, сутнісні відмінності між ЄСПЛ та КСУ, як згадувалося в одному з попередніх підрозділів, не такі вже й значні. А. С. Світ взагалі наполягає, що за своєю правовою природою Європейський суд з прав людини є конституційним судом. Він стверджує, що сфера повноважень ЄСПЛ порівнянна з повноваженнями національних конституційних та верховних судів; і вона сьогодні має чудові можливості для здійснення вирішального впливу на розвиток загальноєвропейського конституціоналізму, заснованого на правах людини. Крім того, судді у Страсбурзі стикаються з тими ж проблемами, що і їх колеги з національних конституційних судів; і вони використовують подібні методи та методології для вирішення цих проблем.²

Національні суди можуть обирати різні шляхи у своїй взаємодії з ЄСПЛ. Але загальним для цих підходів є те, що національні суди мають взаємодіяти з ЄСПЛ конструктивно. Це означає вийти за рамки традиційного і більш пасивного підходу застосування послідовного тлумачення міжнародного права для гарантування, що національне законодавство не порушує міжнародних зобов'язань.³

Схожа ситуація спостерігається щодо ставлення європейських країн і до практики Суду ЄС. Деякі держави досить тривалий час не сприймали принцип верховенства права Співтовариства у своїх правових системах і не воліли ставити інтереси інтеграції над своїми. Так, наприклад, у Німеччині Конституційний суд дійшов висновку, що при виникненні суперечностей між правом ЄС та Конституцією Німеччини (особливо у сфері фундаментальних конституційних прав) слід застосовувати Конституцію. Пояснення цієї позиції зводилися до того, що Конституція є більш досконалим інструментом захисту прав особи, а право Співтовариства, натомість, не містить навіть переліку таких прав. Конституційний Суд Німеччини вважав, що національний правопорядок в змозі більш ефективно здійснювати захист фундаментальних прав як правопорядок країни з багатовіковим досвідом демократії. Враховуючи це, Конституційний суд відомим рішенням *Internationale Handelsgesellschaft* залишив за собою право перегляду актів Співтовариства на відповідність Конституції. Ситуація з часом змінилася, зміцнився захист прав людини в ЄС і вже у справі *Wunsche* Федеральний Конституційний Суд підтвердив, що захист фундаментальних прав у Співтоваристві/ ЄС досяг досить високого рівня та не поступається німецьким стандартам.⁴

Як звернула увагу Т. Комарова, ситуація сама по собі досить цікава, оскільки ЄС не приєднався до ЄКПЛ, але незважаючи на це, Суд ЄС визнав, що ЄСПЛ відіграв надзвичайну роль у формуванні фундаментальних прав, які стали загальними принципами права ЄС. Важливо, що ЄСПЛ також звертається до практики Суду ЄС.⁵

Ця позиція дуже цінна для використання в українських реаліях та наділяє нас упевненістю, що при визнанні доктрини дружнього ставлення до міжнародного права, готовність не погодитися з тим чи іншим рішенням ЄСПЛ, не буде сприйматися європейською спільнотою з нерозумінням. Якщо не погодитися з рішенням ЄСПЛ має право кожен з суддів цього Суду, які розглядали справу (виклавши окрему думку), якщо

¹ Христова Г. О. Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Харків. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2019. С. 81–82.; див. також: A general introduction to the ECHR: Distance Learning Course on Anti-discrimination Issues. Council of Europe. URL: <http://help.ppa.coe.int/course/view.php?id=185>. (дата звернення: 16.01.2020).

² Sweet, A. S., On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court. *Faculty Scholarship Series*. 2009. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71 (дата звернення: 01.05.2018).

³ Ulfstein G., The European Court of Human Rights as a Constitutional Court? *PluriCourts Research Paper No. 14-08*. 2014. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2419459 (дата звернення: 01.05.2018).

⁴ Цит. за Комарова Т. В. Суд Європейського Союзу: розвиток судової системи та практики тлумачення права ЄС: монографія. Харків: Право, 2018. С. 284–285. Див. також: Рішення Конституційного суду Німеччини у справі *Internationale Handelsgesellschaft* від 29 травня 1974 р. (BVerfGE 73, 2712 BvL 52/71 Solange I – Beschluß); Decision of the Federal Constitutional Court of 22 October 1986. BVerfGE 73. P. 339–388.

⁵ Комарова Т. В. Суд Європейського Союзу: розвиток судової системи та практики тлумачення права ЄС: монографія. Харків: Право, 2018. С. 92.

з цими рішеннями активно не погоджуються судді зарубіжних конституційних судів і самі суди в своїх рішеннях, то як можна заперечувати таку можливість і в Конституційного Суду України? Навпаки, відповідні кроки, за умови їх обґрунтованості, лише сприятимуть конструктивному діалогу між КСУ та ЄСПЛ і удосконалюватимуть практику обох юрисдикцій.

Отже, варто ще раз наголосити, що оскільки Конвенція не лише перебуває у «змістовній синергії» з національною Конституцією, а й, без перебільшень, стала основою для текстуального наповнення Розділу II Основного Закону України, то дискусії щодо неконституційності положень Євроконвенції на сьогодні неможливі. Але вони цілком прийнятні стосовно застосування того чи іншого рішення ЄСПЛ при здійсненні конституційного правосуддя в Україні. Таке рішення може виявитись помилковим, або ж незастосовним до українських суспільних, політичних чи економічних обставин. Тобто мову коректно вести лише про можливі суперечності між Конституцією України та інтерпретацією Європейської конвенції, яку здійснює ЄСПЛ. При цьому, Конституційний Суд України не може вирішувати питання конституційності нормативних актів, які стосується безпосереднього порушення прав людини та з приводу чого є відповідні юридичні позиції ЄСПЛ, всупереч цим позиціям, якщо інше вирішення питання не буде ним спеціально і переконливо аргументоване. Тобто, Конституційний Суд України має ставитись до практики ЄСПЛ як до власної практики з аналогічним застосуванням щодо неї принципу *stare decisis* (*jurisprudence constante*).

Анотація.

Стаття присвячена питанню впливу судової практики та діяльності Європейського суду з прав людини на систему забезпечення конституційності нормативних актів в Україні, зокрема на діяльність Конституційного Суду України.

Abstract.

The article is devoted to the issue of the influence of judicial practice and activity of the European Court of Human Rights the providing system of the constitutionality of legal acts in Ukraine, in particular on the activity of the Constitutional Court of Ukraine.

References:

1. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>.
2. Окрема думка судді Конституційного Суду України Шаповала В. М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-04#Text>.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>.
4. Комарова Т. Суд Європейського Союзу: розвиток судової системи та практики тлумачення права ЄС: монографія. Харків: Право, 2018. 528 с.
5. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Al-Skeini and Others v. the United Kingdom» від 7.07.2011 р. No. 55721/07. Para. 141. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105606>.
6. Савенко М. Забезпечення прав і свобод людини і громадянина та їх захист органами конституційної юрисдикції. *Право України*. 1999. № 2. С. 3–9.
7. Human Rights Act. 1998. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1>.
8. Дудаш Т. Практика Європейського суду з прав людини: навч.-практ. посіб. Київ: Алерта, 2013. 368 с.
9. Шевчук С. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України. *Право України*. 2011. № 5. С. 175–187.
10. Савчин М. Ухвалення рішень конституційних судів у світлі доктрин конституційної легітимності та верховенства права. *Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки*. 2011. Том 116. С. 19–22.
11. Буткевич О. Чи є рішення Європейського Суду з прав людини обов'язковими для України, як цього вимагає закон? *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини*: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15 вересня 2012 р.); НУ «ОЮА». Одеса: Фенікс, 2012. С. 279–293.
12. Гультай М. Норми міжнародного права у практиці Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2014. № 6. С. 82–89.
13. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо забезпечення державою виконання судового рішення від 15 травня 2015 року № 2-р(II)/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-19#Text>.
14. Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі щодо конституційності статті 368-2 Кримінального кодексу України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf01d710-19#n2>.

15. Шевчук С. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4–5. С. 122–130.
16. МакБрайд Дж. Принципи, що визначають тлумачення та застосування Європейської конвенції з прав людини. URL: <http://www.judges.org.ua/article/seminar21-1.htm>.
17. Христова Г. Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Харків. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2019. 498 с.
18. A general introduction to the ECHR: Distance Learning Course on Anti-discrimination Issues. Council of Europe. URL: <http://help.ppa.coe.int/course/view.php?id=185>.
19. Sweet, A. S., On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court. *Faculty Scholarship Series*. 2009. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71.
20. Ulfstein G., The European Court of Human Rights as a Constitutional Court? *PluriCourts Research Paper* No. 14-08. 2014. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2419459.

Activities of courts of general jurisdiction in the system of constitutional security: general principles

Діяльність судів загальної юрисдикції в системі забезпечення конституційної безпеки: загальні засади

Svitlyk Oksana

Ключові слова:

безпека, національна безпека, державна безпека, темпоральність, суспільний порядок.

Keywords:

security, national security, state security, temporality, public order.

Провідну роль в системі забезпечення конституційної безпеки України відіграє судова влада в Україні, діяльність якої є частиною створеного державою механізмом гарантування конституційних цінностей.

Як вірно зазначають Б. Ольховський та Є. Ольховський, Конституція України покладає на державу першочерговий обов'язок забезпечення захисту і додержання прав людини і громадянина. Судовій владі відводиться центральне місце в усьому правозахисному механізмі. В багатьох міжнародних актах, зокрема в Основних принципах незалежності судових органів, схвалених резолюціями Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та від 13 грудня 1985 р., підкреслювалося, що держави зобов'язані створювати умови незалежного правосуддя для реалізації прав громадян на судовий захист. Соціальна цінність судової влади може бути визначена шляхом встановлення її корисності для суспільного розвитку. Цінність судової влади взагалі полягає насамперед в її найважливішому соціальному призначенні — бути арбітром у правових конфліктах. У демократичній, правовій державі безперечним має бути положення, згідно з яким остаточно вирішувати правовий конфлікт має лише єдиний орган - суд. У спорі про правовий характер положень закону судова влада як найбільш кваліфікована і пристосована для виконання ролі арбітра - найбільше до цього здатна. До числа гарантій захисту прав і свобод людини і громадянина належить гарантія судового захисту. Наявність такої Гарантії теж значною мірою обумовлює головну цінність судової влади. Згідно зі ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Суд може вирішити спір кожного громадянина не тільки з будь-якою фізичною чи юридичною особою, а й з державою. Враховуючи, що норми Конституції є нормами прямої дії, у випадках, коли інші нормативні акти не захищають певного права громадянина, суд зобов'язаний вирішити справу на підставі відповідної статті Конституції. Це базується на конституційних положеннях, згідно з якими життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека людини визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість правового регулювання¹.

Як справедливо зазначає конституціоналіст Ф. Веніславський, досліджуючи конкретні форми та засоби гарантування судовою владою базових конституційних цінностей, правовим механізмом гарантування конституційних цінностей слід розуміти цілісну систему правових форм, засобів, процедур та інституцій, які забезпечують незмінність їх конституційно-правового закріплення в процесі конституційного реформування, недопущення звуження чи спотворення їхнього змісту в процесі законотворення, та безумовне дотримання безпосередньо при правозастосуванні. Цей механізм включає в себе і суди, юрисдикція яких, відповідно до ч. 2 ст. 124 Конституції України, поширюється на будь-який юридичний спір, стороною якого може бути й будь-яка інша державно-владна інституція. Окрім того, гарантоване право кожного на звернення до суду за захистом конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України (ч. 3 ст. 8) належить до засадничих принципів конституційного ладу України, є однією з базових конституційних цінностей. Як зазначає науковець, також визначальна роль та значення судової

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/Olkhovskiy_45.pdf. Дата перегляду: 01.10.2020

влади в правовому механізмі гарантування конституційних цінностей обумовлена також її незалежністю, реалізацією нею своїх повноважень в особливій, законодавчо закріпленій процесуальній формі, остаточністю та загальнообов'язковістю її рішень для всіх без виключення суб'єктів. найефективнішим засобом такого гарантування є судовий захист конституційних прав і свобод людини, як невід'ємної складової ціннісної системи українського суспільства, оскільки, за загальним визнанням, він є універсальним та фактично безальтернативним в сучасному світі. Хоча власне права і свободи особи статтею 3 Конституції України прямо не віднесено до найвищих соціальних цінностей, проте вони визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а їх утвердження і забезпечення визначено її головним обов'язком. Це конституційне положення, враховуючи вищезазначену гарантовану можливість на звернення за захистом порушеного права до суду безпосередньо на підставі Конституції України, передбачає можливість оскарження в суді будь-якого рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, якщо особа вважає, що вони призвели чи потенційно можуть призвести до порушення чи обмеження її конституційних прав і свобод. Встановлення ж на конституційному рівні відповідальності держави перед особою за свою діяльність, в тому числі – й щодо утвердження й забезпечення її прав і свобод, дозволяє людині звертатися за судовою формою захисту будь якого свого конституційного права, належну реалізацію якого держава не змогла забезпечити. Більше того, особа має гарантоване право вимагати відшкодування шкоди, яку їй було заподіяно такими рішеннями чи діями (бездіяльністю) владних інституцій чи їх представників. Саме з метою найбільш повної реалізації права на судовий захист від неправомірних дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень в Україні було утворено систему спеціалізованих адміністративних судів. Ефективність судового способу гарантування конституційних цінностей обумовлена й власне незалежністю судової гілки влади в системі органів державної влади, які можуть бути стороною юридичного спору, виключне право вирішувати який закріплено саме за судовою владою. Тобто виключно в судовому порядку може бути визнано протиправними будь-яке рішення, дія чи бездіяльність будь-яких владних інституцій, їх посадових чи службових осіб, якщо їх вчинено з виходом за межі повноважень, в непередбаченій законом формі, чи у невстановлений Конституцією та законами України спосіб. Це дозволяє суду виступати однією з найдієвіших інституційних гарантій забезпечення дотримання в процесі функціонування державно-владного механізму таких вихідних цінностей сучасного конституціоналізму, як правове обмеження публічної влади, а як наслідок – й соціальної свободи загалом¹.

Органи судової влади беруть участь в забезпеченні конституційної безпеки на таких рівнях:

1) місцеві суди, тобто місцеві загальні суди (окружні суди, які утворюються в одному або декількох районах чи районах у містах, або у місті, або у районі (районах) і місті (містах); місцеві господарські суди є (окружні господарські суди); місцеві адміністративні суди (окружні адміністративні суди, а також інші суди, визначені процесуальним законом;

2) Апеляційні суди;

3) Верховний Суд. Тобто вказані органи судової влади складають собою органи системи забезпечення конституційної безпеки України та забезпечують судовий нормо контроль, який полягає в наступному: а) припинення повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування; б) виявлення та скасування актів органів державної влади, які не відповідають конституційним чи іншим нормам законодавства України; в) беруть участь в реалізації заходів конституційної відповідальності в випадку прийняття органами влади актів, що суперечать Конституції та законодавству України та призвели до порушень прав і свобод людини і громадянина тощо.

Науковиця Н. Буруковська виділяє такі три основні моделі спеціального правового захисту конституцій:

- Американська модель, що діє на території США та деяких країн Південної Америки, передбачає здійснення конституційної юрисдикції судами загальної юрисдикції, які, в свою чергу, є Верховними Суди держав;
- Романо-германська або європейська модель, яка є основою конституційного судочинства в Західній та Східній Європі, спрямована на формування спеціальних органів конституційної юстиції – конституційних рад, конституційних судів тощо;
- Мусульманська (традиційна) модель ґрунтується на здійсненні конституційної юстиції вищими релігійними або традиційними органами держави та має розповсюдження на території мусульманських країн світу². При цьому дослідники європейської моделі конституційного судочинства виокремлюють в еволюції конституційного контролю два основні напрями:
- Перший напрям спрямований на збільшення обсягу норм, які перевіряються на їх конституційність;
- Другий напрям передбачає розширення кола суб'єктів та можливостей для звернення до органу конституційної юстиції. Крім того, науковця зазначає, що зазвичай у європейських державах спеціалізо-

¹ 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

² Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Підручник. 2-ге видання. – К.: Правова єдність, 2010. – 432 с.

вані органи, які здійснюють конституційний контроль у формі конституційного судочинства, займають окреме від інших судових органів місце в судовій системі. Органи конституційного судочинства, як правило, не мають права касаційного перегляду рішень верховних судів як судів останньої (касаційної) інстанції щодо вирішення певних категорій справ (цивільних, кримінальних, адміністративних, господарських). Однак у деяких випадках вони можуть перевіряти рішення верховних судів на їх відповідність Конституції як основного закону певної держави. Кінцевою метою конституційної юстиції в цілому та зокрема конституційного контролю в європейській моделі конституційного судочинства є утримання правлячої більшості від порушень конституційного порядку [3, с. 451]. Також особливістю європейської моделі конституційного судочинства Н. Буруковська називає те, що для вирішення конституційно-правових питань і спорів, по-перше, створюється спеціальний орган конституційної юрисдикції; по-друге, конституційний контроль є його єдиною функцією; по-третє, правове становище конституційних судів та їх компетенція визначаються конституцією і спеціальними законами; і, нарешті, рішення органу конституційної юрисдикції є загальнообов'язковими⁴.

Анотація.

Досліджено окремі форми та засоби гарантування судовою владою базових конституційних цінностей, правовим механізмом гарантування конституційних цінностей слід розуміти цілісну систему правових форм, засобів, процедур та інституцій, які забезпечують незмінність їх конституційно-правового закріплення в процесі конституційного реформування, недопущення звуження чи спотворення їхнього змісту в процесі законотворення, та безумовне дотримання безпосередньо при правозастосуванні.

Annotation.

Some forms and means of guaranteeing basic constitutional values by the judiciary have been studied. 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 and legal consolidation in the process of constitutional reform, legislative process, and unconditional compliance directly with law enforcement.

References:

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/Olkhovskiy_45.pdf. Дата перегляду: 01.10.2020

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

Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Підручник. 2-ге видання. – К.: Правова єдність, 2010. – 432 с.

Туркіна І.Є. Конституційне правосуддя в механізмі державного управління країн Західної Європи (на прикладах Італії, Німеччини, Франції). *Актуальні проблеми державного управління*. №1(41). Київ, 2011. – С. 449-454.

Буруковська Н. В. Вплив європейської моделі конституційного судочинства на формування органів конституційної юстиції в Україні: історико-правовий підхід. Парламентаризм у Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції : зб. наук. праць. К. 2015. С.124–127. URL: <http://www.nsj.gov.ua/files/1455630051BurukovskaNV.pdf>

Svitlyk Oksana,

*Department of Constitutional Law and Comparative Law
Uzhhorod National University*

³ Туркіна І.Є. Конституційне правосуддя в механізмі державного управління країн Західної Європи (на прикладах Італії, Німеччини, Франції). *Актуальні проблеми державного управління*. №1(41). Київ, 2011. – С. 449-454.

⁴ Буруковська Н. В. Вплив європейської моделі конституційного судочинства на формування органів конституційної юстиції в Україні: історико-правовий підхід. Парламентаризм у Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції : зб. наук. праць. К. 2015. С.124–127. URL: <http://www.nsj.gov.ua/files/1455630051BurukovskaNV.pdf>

State sovereignty: information dimension

Суверенітет держави: інформаційний вимір

Solodka Olena

Ключові слова:

державний суверенітет, інформаційний суверенітет, інформаційний простір, інформаційні ресурси.

Keywords:

state sovereignty, information sovereignty, information space, information resources.

Постановка проблеми. Протягом багатьох століть людська цивілізація рухається до все більшої взаємозалежності і глобальних зв'язків, які розмивають державні кордони. Людство перетворюється в «глобальне село» з універсальною інформаційною сферою. Державні кордони, які є атрибутом державного суверенітету в глобальному світі віртуальних комунікацій втрачають свій сенс. Однак міжнародне право до цих пір не відреагувало на ситуацію, що змінилася, традиційна концепція державного суверенітету не враховує реалії глобального інформаційного суспільства. Зміст поняття державного суверенітету для застосування в глобальній інформаційній сфері потребує переосмислення і наповнення новим нормативним змістом¹.

Результати аналізу наукових публікацій. Дослідженням проблематики суверенітету та його інформаційного аспекту займалися такі вчені як Д.Бел, Г.Белов, М.Кастельс, Е.Тофлер, Ф.Уебстер, В.Корецький, В.Кубальський, І.Арістова, О.Баранов, К.Беляков, В.Брижко, О.Довгань, А.Марущак, В.Пилипчук, М.Швець, Т.Ткачук, О.Олійник, О.Соснін, Л.Шиманський та інші, проте сучасний розвиток процесів глобалізації, інформаційних технологій, інформаційного простору породжують нові вимоги до визначення меж державного суверенітету та загострюють необхідність напрацювання комплексного підходу до дослідження його правової регламентації в новому вимірі – інформаційному.

Метою статті є визначення сутнісних ознак концепту «інформаційний суверенітет держави».

Виклад основного матеріалу. Категорія «суверенітет», зародившись в політичній філософії, отримала подальший розвиток в юриспруденції (особливо в рамках теорії держави і права, конституційного та міжнародного права), в політичній та інших суспільних дисциплінах. У сучасній науковій думці панує неоліберальний напрям трактування поняття «суверенітет», який базується на міжнародно-правовому підході. Наразі, суверенітет – це комплексна ознака держави. Він концентрує в собі найбільш істотні ознаки державної організації суспільства. Хоча, вітчизняній юриспруденції характерна різноманітність поглядів на поняття і зміст суверенітету держави, під яким ученими запропоновано розуміти «верховенство, єдність та неподільність державної влади»², «зумовлену волею народу політико-правову властивість держави, що полягає у верховенстві державної влади стосовно будь-якої іншої влади у суспільстві та її незалежності у зовнішніх зносинах»³, «специфічну властивість держави, що визначає її верховенство і здатність самостійно, без втручання ззовні визначати внутрішню і зовнішню політику; верховенство, незалежність, повноту, загальність і виключність влади держави, тобто державно-організованої публічно-політичної влади»⁴.

При цьому вирізняють декілька видів суверенітету:

- національний суверенітет як повновладдя нації, її політична свобода, володіння реальною можливістю визначати характер свого національного життя, включаючи здатність політично самовизначатися аж до утворення власної держави⁵.
- народний суверенітет як повновладдя народу, тобто володіння соціально-економічними та політичними засобами для реальної участі в управлінні справами суспільства і держави. Доктрина народного суверенітету сьогодні визнана світовою спільнотою, що знайшло, зокрема, своє відображення

¹ Пазюк А. Трансформація концепції державного суверенітету в умовах глобального інформаційного суспільства URL: <https://digital.report/transformatsiya-gosudarstvennogo-suvereniteta/> (дата звернення: 13.10.2020)

² Ковтун В.І. Гарантії державного суверенітету України: конституційні аспекти: монографія. Х.: Фактор, 2014. 216 с.

³ О.В. Петришин, С.П. Погребняк, С.П. Смородинський та ін. Теорія держави і права: підручник для студ. юрид. вищ. навч. закл.; за ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2014. 368 с

⁴ Наливайко Л. Р. Державний лад України: теоретико-правова модель: монографія. Х.: Право, 2009. 600 с.

⁵ Sørensen G. Sovereignty: Change and Continuity in a Fundamental Institution. Political Studies. 1999. Vol. XLVII. P. 590–604.

в ст. 21 Загальної декларації прав людини, згідно з якою воля народу повинна бути основою влади уряду і знаходити своє вираження в періодичних і нефальсифікованих виборах при загальному і рівному виборчому праві і вільному голосуванні.

- державний суверенітет як верховенство влади всередині країни та її незалежність у зовнішній сфері, тобто повнота законодавчої, виконавчої та судової влади держави на її території, що виключає підпорядкування владі іноземних держав, в тому числі у сфері міжнародного спілкування, крім випадків явно вираженої та добровільної згоди з боку держави на обмеження свого суверенітету^{6,7}.

Державний суверенітет може поєднуватися з народним суверенітетом і національним суверенітетом: демократична держава, в якій нація та народ реалізували своє право на національне самовизначення, є суверенною державою в усіх вказаних значеннях, тобто володіє державним, національним і народним суверенітетом.

Одним з найважливіших компонентів державного суверенітету є територія, тож поняття «суверенітет» зазвичай використовується спільно з поняттям «територіальна цілісність». У міжнародному праві територія і суверенітет є нерозривно пов'язаними, оскільки територія є географічним простором стосовно якого суверенітет або суверенні права можуть бути реалізовані^{8,9}.

З цього приводу В.Кубальський¹⁰ зазначає, що принцип територіальної цілісності виступає найважливішим засобом забезпечення державного суверенітету, оскільки саме територія – обов'язкова ознака будь-якої держави, сфера дії її суверенітету. В ч. 4 ст. 2 Статуту ООН зазначається: «Держави-члени повинні утримуватися у своїх міжнародних відносинах від погрози силою або використання сили проти територіальної цілісності або політичної незалежності будь-якої держави ...»¹¹. Так, Заключний акт Народи з безпеки і співробітництва у Європі (1975 рік) передбачав, що «держави-учасниці будуть поважати суверенну рівність і своєрідність одна одної, а також усі права, властиві їхньому суверенітету й охоплені ним, зокрема, право кожної держави на юридичну рівність, територіальну цілісність, свободу і політичну незалежність» (ст. 2)¹². В Декларації ООН про принципи міжнародного права 1970 року передбачено обов'язки держав щодо територіальної цілісності, зокрема, утримуватися у своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування проти територіальної цілісності або політичної незалежності будь-якої держави; утримуватися від вказаних дій як засобу врегулювання міжнародних проблем; утримуватися у своїх міжнародних відносинах від військової, політичної, економічної чи будь-якої іншої форми тиску, спрямованого проти політичної незалежності або територіальної цілісності будь-якої держави; не робити спроб, спрямованих на часткове або повне руйнування національної єдності і територіальної цілісності держави чи їхньої політичної незалежності, як несумісних з метою і принципами Статуту. Декларація також містить наступне застереження: «Ніщо в наведених вище пунктах не повинно тлумачитися як таке, що санкціонує або заохочує будь-які дії, які вели б до розчленування або до часткового чи повного руйнування територіальної цілісності або політичної єдності суверенних і незалежних держав ...»¹³.

Водночас, необхідно акцентувати, що територіальний вимір в сучасних умовах вже не є єдиним виміром суверенітету. В інформаційному світі «простір місць» заміщується «простором потоків», оскільки суспільство побудовано навколо потоків капіталу, інформації, технологій, організаційної взаємодії, зображень, звуків та символів¹⁴. Широке поширення послуг хмарних технологій, а також нові підходи до зберігання даних зламали традиційні геополітичні бар'єри більше, ніж будь-коли раніше¹⁵. Зокрема, Дж. О'Тоал вказує на виникнення «третьої природи» геополітики, що виражається у заміні територіальності

⁶ Jackson R. Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape. *Political Studies*. 1999, №47. P. 431–456.

⁷ Mendelson B. Sovereignty under Attack: the International Society Meets the Al Qaeda Network. *Review of International Studies*. 2005. Vol. 31. P. 45–68.

⁸ Shaw M. N. Territory in International Law. *Netherlands Yearbook of International Law*. 1982. Volume 13. P. 61–91.

⁹ Алямкін Р. Сила права vs право сили: територіальна цілісність держав у сучасному світі. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 4. С. 96–99.

¹⁰ Кубальський В. Н. Поняття державного суверенітету в міжнародному праві. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. Випуск 132. 2017. С.85–96

¹¹ Статут ООН від 26 червня 1945 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_010. (дата звернення: 17.09.2020)

¹² Conference on Security and Cooperation in Europe Final Act 1975. Helsinki, 1975. 62 p.

¹³ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН от 24 октября 1970 года. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_569. (дата звернення: 21.09.2020)

¹⁴ Соснін О. В. Проблеми державного управління системою національних інформаційних ресурсів з наукового потенціалу України: Монографія. — К: Інститут держави і права ім. В.Корецького НАН України, 2003. 572 с.

¹⁵ Irion K. Government Cloud Computing and National Data Sovereignty. *Policy and Internet*. 2012. Vol. 4. Issue 3–4. P. 40–71.

телеметричність, держав – мережами, внаслідок чого простір стає кібернетичним, а ландшафт – інформаційним¹.

Проте Дж. Най, розробник концепції «м'якої сили», вважає, що інформаційний простір і кіберпростір не можуть замінити простір географічний і не провіщають скасування державних суверенітетів². Ідеться, радше, про нові інструменти посилення/послаблення державної могутності й державних суверенітетів, про істотні впливи інформаційно-комунікативних технологій на політику й геополітику, похідними яких є сфери технополітики й техногеополітики³. Хоча на нашу думку, не йдеться про заміну, а йдеться про новий вимір державного суверенітету – інформаційний. Відтак, змінюється парадигма державного суверенітету і на перший план виходить його інформаційна складова або інформаційний суверенітет держави.

Історично юристи-міжнародники пов'язують концепцію «інформаційного суверенітету» з ім'ям Х. Мовлана, згідно з концепцією якого інформація визнавалася ресурсом, над яким держава повинна здійснювати винятковий контроль⁴.

Інформаційний суверенітет – виключне право України відповідно до Конституції і законодавства України та норм міжнародного права самостійно і незалежно, з додержанням балансу інтересів особи, суспільства і держави визначати й здійснювати внутрішні і геополітичні національні інтереси в інформаційній сфері, державну внутрішню і зовнішню інформаційну політику, розпоряджатися власними інформаційними ресурсами, формувати інфраструктуру національного інформаційного простору, створювати умови для його інтегрування у світовий інформаційний простір та гарантувати інформаційну безпеку держави⁵.

В контексті забезпечення інформаційного суверенітету України під інформаційним простором слід розуміти середовище здійснення суб'єктами інформаційної сфери діяльності, пов'язаної зі створенням, збиранням, одержанням, зберіганням, використанням, поширенням, охороною та захистом інформації, на яку поширюється юрисдикція України, а також функціонуванням національної інформаційної інфраструктури.

Кіберпростір – це середовище (віртуальний простір), яке надає можливості для здійснення комунікацій та/або реалізації суспільних відносин, утворене в результаті функціонування сумісних (з'єднаних) комунікаційних систем та забезпечення електронних комунікацій з використанням мережі Інтернет та/або інших глобальних мереж передачі даних⁶.

Основою інформаційного суверенітету України є національні інформаційні ресурси – систематизовані інформаційні ресурси, які містять інформацію незалежно від виду, змісту, форми, часу і місця її створення (включаючи публічну інформацію, державні інформаційні ресурси та іншу інформацію), призначену для задоволення життєво важливих суспільних потреб людини, суспільства і держави і забезпечені у доступі відповідним зацікавленим суб'єктам інформаційних відносин у встановлених законом межах і порядку. Вся належна Україні інформація, незалежно від змісту, форм, часу і місця створення, входить до інформаційних ресурсів України. Така інформація є в установленому порядку зареєстрована, оцінена, набула особливих властивостей, які становлять її сутність і роблять її інформаційним ресурсом, з одного боку, і предметом споживання – з іншого.

Повна відмова від окреслення меж інформаційного простору держави, а відтак – інформаційного суверенітету, може суттєво обмежити вплив держави на відносини в інформаційній сфері та, оскільки поняття суверенітету включає в себе не лише здатність держави впливати на внутрішні процеси, а також її місце серед країн міжнародної спільноти, може призвести до порушень у сфері інформаційної безпеки. То ж при обранні концепції інформаційного суверенітету необхідно досягти балансу між правом на інформацію та вимогами щодо державної інформаційної безпеки⁷. Відсутність державного суверенітету в інформаційній сфері є передумовою до втрати державного суверенітету в інших сферах та в цілому, адже інформація стає однією з головних цінностей, які консолідують людство⁸, а відсутність державного суверенітету в інформаційній сфері підриває обороноздатність держави в інформаційній війні.

¹ O'Tuathail G. Postmodern geopolitics? The modern geopolitical imagination and beyond. *Rethinking Geopolitics*. N.Y.: Routledge, 1998. P. 16-38.

² Nye J. Nuclear lessons for cyber security? *Strategic Studies Quarterly*. 2011. № 5(4). P. 18–38.

³ Yannakogeorgos P. *Technogeopolitics of Militarization and Security in Cyberspace*. s.l.: ProQuest, UMI Dissertation Publishing, 2011. 288 p

⁴ Mowlana H. International flow of information: a global report and analysis. *Reports and Papers on Mass Communication*. 1985. N99. P. 49-55

⁵ Олійник О.В., Соснін О.В., Шиманський Л.Є. Політико-правові аспекти формування інформаційного суспільства суверенної і незалежної держави. URL: /www.niss.gov.ua/book/Sosnin_2.htm (дата звернення: 05.09.2020)

⁶ Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 05 жовтня 2017 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text> (дата звернення: 11.10.2020)

⁷ Новікова Н. А. Інформаційний простір як основа інформаційної функції сучасної держави. Актуальні проблеми держави і права. URL: Режим доступу : <http://www.apdr.in.ua/v61/50.pdf>. (дата звернення: 11.10.2020)

⁸ Алексева, И. Ю. Возникновение идеологии информационного общества. *Информационное общество*. 1999. № 1. С. 30–35.

Закон України «Про Національну програму інформатизації»⁹ передбачає, що інформаційний суверенітет держави – це «здатність держави контролювати і регулювати потоки інформації з-поза меж держави з метою додержання законів України, прав і свобод громадян, гарантування національної безпеки держави».

Отже, концепція інформаційного суверенітету припускає контроль держави над інформаційними потоками і поширенням інформації на своїй території, право самостійно формувати інформаційну політику, незалежно від впливу ззовні. Таким чином, поняття інформаційного суверенітету пов'язується з єдиним інформаційним простором, питаннями впливу транскордонної передачі даних на державний суверенітет і інформаційною безпекою.

В. Набруско також зазначає, що запорукою інформаційного суверенітету та базовою складовою національної безпеки слід вважати інформаційну політику¹⁰. Подібне твердження підтримує А. Баранов, визначаючи інформаційний суверенітет як виключне право держави на формування і здійснення національної інформаційної політики відповідно до Конституції і законодавства України, міжнародного права¹¹.

Сучасна інформаційна політика – це сукупність напрямів і способів діяльності компетентних органів держави з контролю, регулювання та планування процесів в інформаційній сфері щодо одержання, зберігання обробки, використання та поширення інформації¹². Згадані напрями відображають зміст інформаційних відносин, під якими розуміють комплекс суспільних відносин, що виникають під час реалізації інформаційних процесів, тобто під час створення, отримання, обробки, накопичення, зберігання, пошуку, розповсюдження та споживання інформації, а також процесів створення і застосування інформаційних систем.

В умовах інформаційної глобалізації і формування розвиненого інформаційного права в Україні, реалізації концепції е-урядування, лівова частка внутрішньої і зовнішньої політики здійснюється через інформаційну діяльність, інформаційні технології, інформаційно-комунікаційні системи. Таким чином, інформаційна політика виступає особливою формою виразу державної політики за допомогою інформаційних ресурсів та в інформаційному просторі, що підкреслює особливу важливість інформаційного суверенітету держави в сучасних умовах¹³.

У науці виділяються такі підходи до змісту і механізму реалізації державного суверенітету в інформаційному просторі¹⁴: юрисдикційний, заснований на визначенні юрисдикції державних органів щодо суб'єктів і об'єктів інформаційних відносин; технократичний, заснований на визначенні загроз суверенітету через загрози інформаційній безпеці¹⁵.

У цьому контексті слід зауважити, що міжнародне право наразі не вирішує остаточно питання про співвідношення між транскордонним характером інформаційного простору і принципом державного суверенітету. Певною мірою цього питання торкаються Декларація ООН про неприпустимість втручання у внутрішні справи держав, про захист їх незалежності та суверенітету¹⁶, Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй¹⁷ та Декларація про свободу комунікацій в Інтернеті¹⁸. Зокрема, при встановленні джерела мережевих нападів і проблема територіальної юрисдикції, аби дії у відповідь були спрямовані саме на того суб'єкта, який здійснив напад. Оскільки відповідно до принципу суверенітету кожна держава має виняткові повноваження щодо подій в межах своїх державних кордонів, для встановлення

⁹ Про Національну програму інформатизації. Закон України від 4 лютого 1998 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/559/2011>. (дата звернення: 18.09.2020)

¹⁰ Набруско В.І. Інформаційний суверенітет країни – запорука національної безпеки України. *Виклики і загрози. Актуальні проблеми міжнародних відносин. Випуск 102 (Частина I)*, 2011, С.63-65

¹¹ Баранов А. Информационный суверенитет или информационная безопасность? *Национальная безопасность и оборона*. 2001. № 1(13). С.70-76.

¹² Брижко В.М. Про сучасну інформаційну політику. *Правова інформатика*. 2009. № 2 (22). С. 31-43

¹³ Сопілко І.М. Державна інформаційна політика: стан та шляхи реалізації: монографія. К.: «МП Леся». 2014, 424 с.

¹⁴ Талапина Э.В. Государственный суверенитет в информационном пространстве: Новые задачи права. *Государство и право*. 2018, № 5 С. 60–67

¹⁵ Ефремов А.А. Формирование концепции информационного суверенитета государства. *Журнал ВШЭ*. 2017. № 1.С. 210-211.

¹⁶ Декларация о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и суверенитета, принятая 21.12.1965 Резолюцией 2131 (XX) на 20-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/r%20u/995_818 (дата звернення: 12.09.2020)

¹⁷ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, принята резолюцией 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_569 (дата звернення: 16.11.2020)

¹⁸ Декларация про свободу комунікацій в інтернет, Страсбург, 28.05.2003 (затверджена Комітетом Міністрів на 840-му засіданні заступників міністрів). URL: <https://cedem.org.ua/library/deklaratsiya-pro-svobodu-komunikatsij-v-internet> (дата звернення: 07.11.2020)

джерела нападу необхідним є співробітництво з іноземними державами, то ж в даному випадку протиріччя між міжнародним характером інформаційних і комунікаційних мереж і державним суверенітетом може перешкодити зусиллям держави, яка постраждала від інформаційного нападу, щодо здійснення адекватних дій у відповідь. При цьому інформаційні напади з використанням мереж або інформаційної зброї, наприклад вірусів, не можуть бути однозначно кваліфіковані як збройний напад у розумінні Статуту ООН, у якому за загальним визначенням під збройним нападом розуміють застосування збройних сил, насильства, а також втручання в суверенні права держави)^{1, 2}.

При цьому у світовій практиці фактично реалізуються дві концепції інформаційного суверенітету:

- адміністративна – жорстке ідеологічно задане державне регулювання доступу в інформаційний простір країни (Китай, КНДР). Ця концепція визначається як «суверенітет кордонів», тобто контроль і обмеження з боку держави над потоками інформації і інфраструктурою, що їх забезпечують;
- ліберальна – законодавчо регламентоване забезпечення свободи інформації в поєднанні з кримінально-правовим та адміністративно-правовим захистом від екстремізму, тероризму, порнографії, порушення авторських прав (США, країни Євросоюзу). Ця концепція визначається як «суверенітет через експансію», адже ліберальний підхід до регулювання інформаційних процесів всередині країни поєднується з активним (та навіть агресивним) просуванням власних інформаційних технологій, стандартів і правил їх використання, стандартів регулювання та управління в інші держави і на міжнародно-правовий рівень.

Висновки. Потужні інформаційні обміни в рамках глобального інформаційного простору значною мірою розмивають територіально-географічні особливості державного суверенітету як такого, а під впливом тенденцій розвитку інформаційного суспільства акценти державного суверенітету дещо змінюються і на перший план виходить його інформаційна складова. Остання завжди була присутня в структурі як внутрішньодержавної, так і міжнародної взаємодії, однак сучасні тенденції в розвитку цивілізації та інформаційної сфери актуалізували її, що вимагає правового розроблення нового концепту – інформаційний суверенітет, поняття якого пов'язується з єдиним інформаційним простором, питаннями впливу транскордонної передачі даних на державний суверенітет та інформаційною безпекою. Концепція інформаційного суверенітету припускає контроль держави над інформаційними потоками і поширенням інформації на своїй території, право самостійно формувати інформаційну політику, незалежно від впливу ззовні. При цьому у світовій практиці фактично реалізуються дві концепції інформаційного суверенітету: адміністративна та ліберальна, проте ключовим є досягнення балансу між правом на інформацію та вимогами щодо інформаційної безпеки.

Тісний взаємозв'язок суверенітету з територією в інформаційному аспекті актуалізує питання визначення юрисдикції держави в межах глобального інформаційного простору, наразі невирішеним залишається питання про співвідношення між транскордонним характером інформаційного простору і принципом державного суверенітету.

Анотація.

Під впливом тенденцій розвитку інформаційного суспільства акценти державного суверенітету змінюються і на перший план виходить його інформаційна складова, що вимагає правового розроблення нового концепту – інформаційний суверенітет, поняття якого пов'язується з єдиним інформаційним простором, питаннями впливу транскордонної передачі даних на державний суверенітет та інформаційною безпекою. Концепція інформаційного суверенітету припускає контроль держави над інформаційними потоками і поширенням інформації на своїй території, право самостійно формувати інформаційну політику, незалежно від впливу ззовні. При цьому у світовій практиці фактично реалізуються дві концепції інформаційного суверенітету: адміністративна та ліберальна.

Тісний взаємозв'язок суверенітету з територією в інформаційному аспекті актуалізує питання визначення юрисдикції держави в межах глобального інформаційного простору, невирішеним наразі залишається питання про співвідношення між транскордонним характером інформаційного простору і принципом державного суверенітету.

Summary.

Under the influence of information society trends, the emphasis of state sovereignty changes and its information component comes to the fore, which requires the legal development of a new concept – information sovereignty, the notion of which is associated with a common information space, cross-border data transfer on state sovereignty and information security. The concept of information sovereignty involves state control

¹ Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного Суда. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#Text (дата звернення: 05.11.2020)

² Norman Menachem Feder, Reading the UN Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack. *NYU, Journal of International Law and Politics*. Vol. 19. p. 410

over information flows and dissemination of information on its territory, the right to formulate independently information policy, regardless of external influences. At the same time, two concepts of information sovereignty are actually implemented in world practice: administrative and liberal.

The close relationship of sovereignty with the territory in the information aspect raises the issue of determining the jurisdiction of the state within the global information space, the question of the relationship between the cross-border nature of the information space and the principle of state sovereignty remains unresolved.

References:

1. Пазюк А. Трансформація концепції державного суверенітету в умовах глобального інформаційного суспільства URL: <https://digital.report/transformatiya-gosudarstvennogo-suvereniteta/> (дата звернення: 13.10.2020)
2. Ковтун В.І. Гарантії державного суверенітету України: конституційні аспекти: монографія. Х.: Фактор, 2014. 216 с.
3. Теорія держави і права: підручник для студ. юрид. вищ. навч. закл. О. В. Петришин, С. П. Погребняк, С. П. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2014. 368 с.
4. Наливайко Л. Р. Державний лад України: теоретико-правова модель: монографія. Х.: Право, 2009. 600 с.
5. Sørensen G. Sovereignty: Change and Continuity in a Fundamental Institution. *Political Studies*. 1999. Vol. XLVII. P. 590–604
6. Jackson R. Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape. *Political Studies*. 1999, №47. P. 431–456.
7. Mendelson B. Sovereignty under Attack: the International Society Meets the Al Qaeda Network. *Review of International Studies*. 2005. Vol. 31. P. 45–68.
8. Shaw M. N. Territory in International Law. *Netherlands Yearbook of International Law*. 1982. Volume 13. P. 61–91.
9. Алямкін Р. Сила права vs право сили: територіальна цілісність держав у сучасному світі. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 4. С. 96–99.
10. Кубальський В. Н. Поняття державного суверенітету в міжнародному праві. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. Випуск 132. 2017. С.85-96
11. Статут ООН від 26 червня 1945 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_010 (дата звернення: 17.09.2020)
12. Conference on Security and Cooperation in Europe Final Act 1975. Helsinki, 1975. 62 p.
13. Декларація о принципах міжнародного права, касаючихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН от 24 октября 1970 года. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_569 (дата звернення: 21.09.2020)
14. Соснін О.В. Проблеми державного управління системою національних інформаційних ресурсів з наукового потенціалу України: Монографія. К: Інститут держави і права ім. В.Корецького НАН України, 2003. 572 с.
15. Irion K. Government Cloud Computing and National Data Sovereignty. *Policy and Internet*. 2012. Vol. 4. Issue 3–4. P. 40–71.
16. O'Tuathail G. Postmodern geopolitics? The modern geopolitical imagination and beyond. *Rethinking Geopolitics*. N.Y.: Routledge, 1998. P. 16-38.
17. Nye J. Nuclear lessons for cyber security? *Strategic Studies Quarterly*. 2011. № 5(4). P. 18–38.
18. Yannakogeorgos P. Technogeopolitics of Militarization and Security in Cyberspace. s.l.: ProQuest, UMI Dissertation Publishing, 2011. 288 p
19. Mowlana H. International flow of information: a global report and analysis. *Reports and Papers on Mass Communication*. 1985. № 99. P. 49-55
20. Олійник О.В., Соснін О.В., Шиманський Л.Є. Політико-правові аспекти формування інформаційного суспільства суверенної і незалежної держави. URL: [/www.niss.gov.ua/book/Sosnin_2.htm](http://www.niss.gov.ua/book/Sosnin_2.htm) (дата звернення: 05.09.2020)
21. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 05 жовтня 2017 року. URL: (дата звернення: 11.10.2020)
22. Новікова Н. А. Інформаційний простір як основа інформаційної функції сучасної держави. Актуальні проблеми держави і права. URL: Режим доступу : <http://www.apdp.in.ua/v61/50.pdf>. (дата звернення: 11.10.2020)
23. Алексеева И. Ю. Возникновение идеологии информационного общества. *Информационное общество*. 1999. № 1. С. 30–35.
24. Про Національну програму інформатизації. Закон України від 4 лютого 1998 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/559/2011> (дата звернення: 18.09.2020)
25. Набрusco В.І. Інформаційний суверенітет країни – запорука національної безпеки України. *Виклики і загрози. Актуальні проблеми міжнародних відносин. Випуск 102 (Частина I)*, 2011, С.63-65.

26. Баранов А. Информационный суверенитет или информационная безопасность? *Национальная безопасность и оборона*. 2001. № 1(13). С.70-76.
27. Брижко В.М. Про сучасну інформаційну політику. *Правова інформатика*. 2009. № 2 (22). С. 31-43.
- Сопілко І.М. Державна інформаційна політика: стан та шляхи реалізації: монографія. К.: «МП Леся», 2014. 424 с.
28. Талапина Э.В. Государственный суверенитет в информационном пространстве: Новые задачи права. *Государство и право*. 2018, № 5. С. 60–67
29. Ефремов А.А. Формирование концепции информационного суверенитета государства. *Журнал ВШЭ*. 2017. № 1.С. 210-211.
30. Декларация о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и суверенитета, принятая 21.12.1965 Резолюцией 2131 (XX) на 20-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/r_u/995_818 (дата звернення: 12.09.2020)
31. Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, принята резолюцией 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_569 (дата звернення: 16.11.2020)
32. Декларація про свободу комунікацій в інтернет, Стразбург, 28.05.2003 (затверджена Комітетом Міністрів на 840-му засіданні заступників міністрів). URL: <https://cedem.org.ua/library/deklaratsiya-pro-svobodu-komunikatsij-v-internet> (дата звернення: 07.11.2020)
33. Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного Суда. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#Text (дата звернення: 05.11.2020)
34. Norman Menachem Feder, Reading the UN Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack. *NYU, Journal of International Law and Politics*. Vol. 19. p. 410

Solodka Olena

PhD in Law, senior researcher,

doctoral student of the National Academy of Security Service of Ukraine

Management process in the field of standardization and certification of household services

Суб'єкти публічної адміністрації у сфері стандартизації і сертифікації побутових послуг

Tereshko Alina

Key words:

management, standardization, certification, public administration, household services.

Ключові слова:

управління, стандартизація, сертифікація, публічна адміністрація, побутові послуги.

Сфера побутових послуг охоплює широке коло взаємопов'язаних соціально-економічних, політичних, організаційних, релігійних та правових відносин, де задіяна значна кількість суб'єктів публічного і приватного права.

На сьогодні сфера побутового обслуговування в Україні є своєрідною за рахунок безумовного переважаючого серед суб'єктів господарювання суб'єктів малого підприємництва. Виняток становлять лише диверсифіковані підприємства, які пропонують широкий асортимент побутових послуг, що представлені здебільшого будинками побуту. Відповідно до зазначеного стратегічним пріоритетом є реалізація регуляторної політики у сфері малого підприємництва: активізація фінансово-кредитної та інвестиційної підтримки малого підприємництва (надання пільгових кредитів через уповноважені банки; реалізація програми мікрокредитування за участю місцевих небанківських фінансових установ, фінансова підтримка молодіжного підприємництва, розроблення системи залучення інвестицій), створення інфраструктури малого підприємництва (навчання підприємців за різноманітними програмами, розробка та публікація методичних посібників з впровадження на малих підприємствах стандартів ISO та приведення побутових послуг до стандартів COT та ЄС через мережеву інфраструктуру підтримки підприємництва; створення системи популяризації розвитку підприємництва та соціальної відповідальності бізнесу; створення системи координації між підприємствами побутового обслуговування, освітніми закладами та органами влади для управління розвитком робочої сили відповідно до потреб ринку праці)¹.

Державну політику у сфері побутових послуг здійснює широке коло уповноважених суб'єктів публічної адміністрації, це відповідні міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, а також місцеві державні організації, надання побутових послуг, діяльність яких пов'язано з широким колом замовників або споживачів таких послуг. У цих відносинах уповноважений державою суб'єкт публічної адміністрації має право приймати обов'язкові рішення для інших суб'єктів адміністративного права, передбачені адміністративно-правовою нормою. Наприклад, до суб'єкта підприємницької діяльності (підпорядкований об'єкт), який порушує встановлені правовою нормою правила у сфері надання побутових послуг.

Відзначаючи важливість норм різних галузей права у регулюванні суспільних відносин, варто підкреслити важливу роль норм адміністративного права в регулюванні відносин у сфері побутових послуг, яке має різноманітний вплив як на об'єкт адміністративно-правового регулювання, так і на суб'єктів адміністративно-правових відносин.

За допомогою норм адміністративного права здійснюється правове регулювання таких важливих сфер управлінської діяльності як побутові послуги. Зокрема, у галузі будівництва житла, проведення процедури поховання, газифікації тощо. Важливу роль в управлінському процесі діяльності суб'єктів публічної адміністрації відіграє стандартизація і сертифікація побутових послуг.

Сьогодні нормативним актом, який установлює правові та організаційні засади стандартизації в Україні і спрямований на забезпечення формування та реалізації державної політики у відповідній сфері є Закон України «Про стандартизацію» від 05.06.2014 р. №1315-VII, який визначає стандарт як нормативний документ, заснований на консенсусі, прийнятий визнаним органом, що встановлює для загального і неодноразового використання правила, настанови або характеристики щодо діяльності чи її результатів, та спрямований на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері, а стандартизацію як діяльність, що полягає в установленні положень для загального та неодноразового використання щодо

наявних чи потенційних завдань і спрямована на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері.

На відміну від нормативного визначення у вітчизняній науці існують різні визначення поняття «стандарт». Як на нашу думку найбільш краще визначення цього поняття надається у юридичному словнику, де під «стандартом» визначено зразок, шаблон, траферет, еталон, який не має нічого оригінального, творчого і прийнятий за вихідний для співставлення з ним інших подібних об'єктів; нормативно-технічний документ, що встановлює одиниці виміру, терміни їх визначення, вимоги до продукції, послуг, виробничих процесів тощо. «Стандартизація – встановлення в державному масштабі єдиних норм, вимог до сировини, півфабрикатів, виробничих процесів, послуг тощо»².

Введений в дію у 2015 році Закон України «Про стандартизацію» створює передумови наближення національної системи стандартизації до міжнародних і європейських норм та правил, а також реалізації Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, зокрема в частині здійснення необхідної адміністративної та інституційної реформ.

Функції національного органу стандартизації, відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 26.11.2014 № 1163 «Про визначення державного підприємства, яке виконує функції національного органу стандартизації», ним відповідно вказаного розпорядження є Державне підприємство «Український науково-дослідний і навчальний центр проблем стандартизації, сертифікації та якості». У свою чергу інше Державне підприємство «Український науково-дослідний і навчальний центр проблем стандартизації, сертифікації та якості» проводить роботи з сертифікації продукції та послуг в добровільній системі сертифікації за різними схемами сертифікації (одиничний виріб, партія, серія), які дають право отримання сертифіката відповідності з терміном дії від 1 до 2 років.

Однією з характеристик будь-якої послуги є якість її надання, при оцінці якої споживач порівнює отримане ним від бажаного, відповідно до індивідуальних норм, об'єктивних уявлень або інших стандартів. Понад мільйон організацій у світі вже впровадили систему управління якістю моделі ISO 9001:2000, стандарти якої не пропонують абсолютні вимірні критерії для кожного окремого виду продукції чи послуги, а визначають методологію функціонування всієї системи. Такій підхід заохочує органи виконавчої влади аналізувати вимоги споживача та постійно контролювати процеси, що сприяють наданню якісного продукту.¹

В ст. 10 Закону України «Про акредитацію органів з оцінки відповідності» зазначається, що Національний орган України з акредитації може акредитувати органи з оцінки відповідності із сертифікації продукції, процесів та послуг, в ст. 1 якого зазначено, що акредитація органів з оцінки відповідності – це засвідчення національним органом України з акредитації того, що орган з оцінки відповідності відповідає вимогам національних стандартів, гармонізованих з відповідними міжнародними та європейськими стандартами або вимогам міжнародних чи європейських стандартів, та у разі необхідності будь-яким додатковим вимогам щодо акредитації у відповідних сферах для провадження визначеної діяльності з оцінки відповідності.

Органом акредитації є Національне агентство з акредитації України, яке реалізує норми адміністративного права шляхом їх втілення у діяльність акредитованих органів з оцінки відповідності (суб'єктів права) приписів правових норм, які встановлені законодавством.

Публічне управління у сфері передбачає й певні вимоги до поведінки суб'єктів, які повинні дотримуватися правових норм. Прикладом реалізації норм права є ст. 11 Закону України «Про акредитацію органів з оцінки відповідності»

Відповідно до якого Національний орган України з акредитації на підставі заявки органу з оцінки відповідності оцінює компетентність цього органу для провадження визначеної в заявці діяльності з оцінки відповідності. Якщо національний орган України з акредитації встановлює, що відповідний орган з оцінки відповідності є компетентним для провадження визначеної в заявці діяльності з оцінки відповідності, національний орган України з акредитації приймає рішення про його акредитацію чи розширення сфери його акредитації. У разі прийняття рішення про акредитацію органу з оцінки відповідності йому видається атестат про акредитацію та надається право використовувати національний знак акредитації. Строк дії атестата про акредитацію становить п'ять років. Опис та правила застосування національного знака акредитації встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері економічного розвитку.

Контрольно-наглядову діяльність у сфері стандартизації і сертифікації побутових послуг здійснюють як уповноважені суб'єкти публічного, так приватного права. Одним із таких суб'єктів публічної адміністрації є Національне агентство з акредитації України, а також інші уповноважені суб'єкти (як приклад, державне підприємство «Полтавський регіональний науково-технічний центр стандартизації, метрології та сертифікації»), які здійснюють публічне управління.

¹ Васильєва О.І., Васильєва Н.В. Стандартизація надання адміністративних послуг в Україні. Українські наукові записки. 2012. №2 (42). С.79–80

Тому, слід погодитися з думкою О. Світличного, який зазначає, що крім органів виконавчої влади публічне управління може здійснюватися широким колом уповноважених суб'єктів публічної адміністрації, які наділені різними за змістом і обсягом адміністративними повноваженнями. Поряд із органами виконавчої влади в публічному управлінні, задіяні й інші суб'єкти, які організаційно не входять до системи органів виконавчої влади, а також окремі фізичні особи, так і юридичні особи публічного та приватного права. З точки зору правової характеристики, в залежності від рівня повноважень суб'єктів публічної адміністрації, їх діяльність може розрізнятися на такі основні функції: виконавча, організаційна, регулятивна, експертна, оціночна, профілактична, адміністративно-правова, захисна, охоронна тощо. Саме в функціях знаходить безпосередній вираз владно-організуюча сутність публічного управління, що має на меті задоволення публічного інтересу.²

Крім стандартизації і сертифікації побутових послуг, існує і такий засіб державного регулювання як ліцензування, яке має вагомий вплив на сферу побутових послуг. Проте слід врахувати, що така діяльність суб'єктів господарської діяльності у сфері надання побутових послуг має обмежувальний характер.

Відзначаючи провідну роль суб'єктів публічного права у наданні послуг у галузі стандартизації і сертифікації, слід зазначити, що окремі послуги у цій галузі здійснюють і суб'єкти приватного права. Наведемо конкретний приклад. У зв'язку із втратою чинності з 01.01.2018 Декрету Кабінету міністрів України від 10.05.1993 № 46-93 «Про стандартизацію і сертифікацію» та відповідно до Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності» припинено дію державної системи сертифікації, дія Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності» від 15.01.2015 р. №124-VIII не поширюється на обов'язкову оцінку відповідності послуг, як зазначено у п.3 ст. 2 цього Закону. Щоб ліквідувати цей пробіл в законодавстві Київський національний торговельно-економічний університет створив систему «УкрКЛАСТУР» – добровільну систему класифікації та сертифікації послуг у сфері туризму, положення про яку затверджено Наказом КНТЕУ від 07.03.2018 р. №893. Органом добровільної сертифікації в цій системі на даний час є орган сертифікації – «Науково-технічного центр сертифікації продукції, послуг та систем якості» структурний підрозділ КНТЕУ, який працює в сфері сертифікації послуг у сфері туризму: послуг з тимчасового розміщення, харчування та послуг перукарень.

Отже, вказане свідчить, що досліджуваній сфері суспільних відносин задіяні як суб'єкти публічного, так і приватного права. В ст. 10 Закону України

«Про акредитацію органів з оцінки відповідності» зазначається, що Національний орган України з акредитації може акредитувати органи з оцінки відповідності, а саме: випробувальні та калібрувальні лабораторії; органи із сертифікації продукції, процесів та послуг; органи із сертифікації систем якості, систем управління якістю, систем екологічного управління; органи із сертифікації персоналу; органи з інспектування; інші органи з оцінки відповідності.

Прикладом акредитації органу з оцінки відповідності надання побутових послуг є Державне підприємство «Полтавський регіональний науково-технічний центр стандартизації, метрології та сертифікації», відповідність якого підтверджено, згідно ДСТУ EN ISO/IEC 17065:2014 (ISO/IEC 17065:2012).

Вищенаведене свідчить, що Національне агентство з акредитації України реалізує норми адміністративного права шляхом їх втілення у діяльність акредитованих органів з оцінки відповідності (суб'єктів права) приписів правових норм, які встановлені законодавством. Прикладом є встановлений порядок проведення акредитації, що здійснюється згідно ст. 11 Закону України «Про акредитацію органів з оцінки відповідності», який визначає основні етапи здійснення акредитації.

Виходячи із теоретичних засад сучасної правової науки, можна виділити такі ознаки реалізації правових норм: завжди правомірна поведінка; діяльність, пов'язана з досягненням певного результату, передбаченого нормою права; вольова поведінка, коли суб'єкт права узгоджує свою поведінку з вимогами норм права. До того ж особливості реалізації норм права зумовлюється належністю норми до тієї чи іншої галузі права.³

До особливостей адміністративно-правових норм можна зарахувати таке: в них закріплюються відносини щодо управління, державного контролю, нагляду, внутрішньо-організаційної діяльності; метод впливу норм на суспільні відносини має імперативний, державно-владний характер; виконання приписів норм гарантується державою за допомогою системи засобів організаційно-роз'яснювального та суспільно-примусового характеру; системність норм адміністративного права.⁴

Стаття 13 Закону України «Про акредитацію органів з оцінки відповідності» передбачає відповідальність за порушення законодавства України у сфері акредитації. Особи, винні у порушенні законодавства

² Світличний О. П. Суб'єкти публічної адміністрації: сучасний вимір. Колективна монографія: Службове право: витоки, сучасність та перспективи розвитку/ За заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 209.

³ Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: у двох томах.Т.1. Загальна частина/Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). К.: Вид-во «Юридична думка», 2007. С. 162.

⁴ Алфьоров С.М., Ващенко С.В., Долгополова М.М., Купін А.П. Адміністративне право. Загальна частина. Навч. посіб. К.: Центр учбової літератури, 2011. 216 с

України у сфері акредитації, несуть відповідальність згідно з законами України. Тобто у разі порушення норми права винні особи притягуються до юридичної відповідальності, в тому числі й адміністративної. Така відповідальність передбачена ст. 170-1 Кодексом України про адміністративні правопорушення від 07.12. 1984 р. № 8073-Х, відповідно до якого за порушення призначеними органами з оцінки відповідності чи визнаними незалежними організаціями процедур оцінки відповідності вимогам технічних регламентів; порушення органами з сертифікації, призначеними в державній системі сертифікації, правил і порядку обов'язкової сертифікації продукції – тягнуть за собою накладення штрафу на посадових осіб від двадцяти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

З урахуванням наведених у цій статті та здійсненого аналізу інших нормативно-правових актів та наукових думок можна дійти висновку, що публічна влада в аналізованій сфері суспільних відносин здійснюється у різноманітних формах широким колом суб'єктів, починаючи від органів державної влади та закінчуючи окремими особами приватного права.

Висновки. Роблячи загальний висновок з викладеного, ще раз наголосимо, що у сфері побутових послуг із стандартизації і сертифікації задіяні як суб'єкти публічного, так і приватного права, проте, провідну роль у цій сфері відіграють суб'єкти публічної адміністрації. Ними є: Міністерство економічного Національний науковий центр «Інститут метрології»; державні підприємства: розвитку і торгівлі України; Національне агентство з акредитації України; «Донецький науково-виробничий центр стандартизації, метрології та сертифікації»; «Івано-Франківський науково-виробничий центр стандартизації, метрології та сертифікації»; «Науково-дослідний інститут метрології вимірювальних і управляючих систем»; «Всеукраїнський державний науково-виробничий центр стандартизації, метрології, сертифікації та захисту прав споживачів»; «Український науково-дослідний і навчальний центр проблем стандартизації, сертифікації та якості».

Анотація.

У статті розглядається питання щодо ролі і значення управлінського процесу у сфері стандартизації і сертифікації побутових послуг, аналізується правова база функціонування суб'єктів публічного адміністративного права, визначається правовий їх правовий зміст відносин з державою. Звертається увага, що контрольно-наглядову діяльність у сфері стандартизації і сертифікації побутових послуг, можуть здійснювати як уповноважені суб'єкти публічного, так приватного права. Робиться висновок, що провідну роль у наданні послуг у сфері стандартизації і сертифікації відіграють суб'єкти публічного права та наводиться перелік таких суб'єктів публічного адміністративного права

Abstract.

The article considers the role and importance of the management process in the field of standardization and certification of consumer services, analyzes the legal framework for the functioning of public administration, determines their legal content of relations with the state. It is noted that control and supervision activities in the field of standardization and certification of household services can be carried out by both authorized entities of public and private law. It is concluded that the leading role in the provision of services in the field of standardization and certification is played by public law entities and a list of such public administration entities is provided.

References:

1. Хлистунова Н. В., Темідарова Т. М. Дослідження стану підприємств побутового обслуговування населення України. Економічний аналіз. 2015 рік. ²Том 19. № 2. С. 164–172.
2. Словарь иностранных слов. М.: Рус. яз. ред. Пчелкина, В.В. 1987. 608 с.
3. Васильева О.І., Васильева Н.В. Стандартизація надання адміністративних послуг в Україні. Українські наукові записки. 2012. №2 (42). С.77–81.
4. Світличний О. П. Суб'єкти публічної адміністрації: сучасний вимір. Колективна монографія: Службове право: витоки, сучасність та перспективи розвитку/ За заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 205–217.
5. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: у двох томах.Т.1. Загальна частина/Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). К.: Вид-во «Юридична думка», 2007. 592 с.
6. Алфьоров С.М., Ващенко С.В., Долгополова М.М., Купін А.П. Адміністративне право. Загальна частина. Навч. посіб. К.: Центр учбової літератури, 2011. 216 с.

Tereshko Alina

*National University of Life and Environmental
Sciences of Ukraine, assistant department*

Legal fundamentals of information activity of the armed forces of Ukraine

Правові засади інформаційної діяльності Збройних сил України

Тучна Богдана,

Key words:

Information activities, Armed Forces of Ukraine, information, legal and regulatory instruments, information legislation.

Ключові слова:

Інформаційна діяльність, Збройні Сили України, інформація, нормативно-правові акти, інформаційне законодавство.

Постановка проблеми. Діяльність державних органів влади здійснюється відповідно до сукупності повноважень закріплених у Конституції України, законах України та інших прийнятих відповідно до них нормативно-правових актах. Система нормативно-правових актів, що врегульовує конкретну сферу визначає можливості здійснення тих чи інших дій в інтересах суспільства, держави та її громадян. Однією із актуальних сфер яка стосується усіх суб'єктів правових відносин сьогодні, є збереження суверенітету, територіальної цілісності та недоторканості Української держави, а також забезпечення відповідного правового обігу та збереження інформації у діяльності Збройних Сил України (далі – ЗСУ).

В умовах розвитку інформаційного суспільства важливим аспектом постає належне правове забезпечення діяльності Збройних Сил України щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації, а саме – інформаційної діяльності, що створює умови для безпеки та розвитку сектору безпеки та оборони.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі та загальні аспекти правового забезпечення інформаційної діяльності досліджені у працях: С. О. Дорогих, Р. А. Калюжного, Л. П. Коваленка, Б. А. Кормича, О. В. Кохановської, І. П. Кушнір, О. М. Селезньової, І. М. Сопілко, М. Я. Швеця та інших. Разом з тим, специфіка та особливості правового забезпечення, що пов'язані з функціонування ЗСУ та здійснення ними інформаційної діяльності залишились поза увагою наукового пізнання.

Метою статті є проаналізувати правові засади інформаційної діяльності ЗСУ, а також висунути пропозицію щодо системного згрупування наявних нормативно-правових актів, які врегульовують відносини у сфері функціонування ЗСУ пов'язані із обігом інформації.

Виклад основного матеріалу. В основі з'ясування предмету дослідження цієї наукової розробки, серед значної кількості нормативно-правових актів, важливим є визначення предмета правового регулювання. Під яким у теорії права розглядають «відносини, упорядкування яких можливе і водночас доречно саме за допомогою юридичних засобів і способів, адже право є універсальними соціальним регулятором...»¹. Таким чином, мова йде про певні відносини на які спрямований правовий вплив. Закон України «Про інформацію» фіксує, що він урегульовує відносини «щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації» (саме інформаційні відносини)². Отже проаналізуємо, норми яких нормативно-правових актів врегульовують діяльність спрямовану на задоволення потреб та інтересів суб'єктів інформаційних відносин у межах функціонування ЗСУ щодо забезпечення оборони України, захисту її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканості. Основні засади інформаційної діяльності містяться у нормах інформаційного законодавства, а також у нормативно-правових актах, норми яких урегульовують діяльність ЗСУ.

Отже зробимо аналіз норм інформаційного законодавство, яке представлено як «сукупність нормативно-правових норм, окремих актів, що регулюють суспільні відносини, які виникають під час збирання, одержання, поширення, зберігання, інформації (інформаційні відносини). Зокрема інформаційне законодавство спрямовано на урегулювання відносин, що пов'язані із реалізацією конституційного права на інформацію та інформаційну діяльність у галузях обробки інформації та її захисту, інформаційних ресурсів,

¹ Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с., с. 97.

² Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

інформаційної продукції, надання інформаційних послуг, функціонування інформаційно-комунікаційних систем, а також інших інформаційних відносин¹.

Фундаментальні правові засади інформаційної діяльності ЗСУ закріплені в Конституції України, у нормах якої визначено загальне підґрунтя діяльності ЗСУ, що зумовлено метою їх створення та функціонування, так і, основні засади інформаційної діяльності.

Зокрема, стаття 17 Конституції України закріплює що: оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні Сили України²; Збройні Сили України та інші військові формування ніким не можуть бути використані для обмеження прав і свобод громадян або з метою повалення конституційного ладу, усунення органів влади чи перешкоджання їх діяльності³; держава забезпечує соціальний захист громадян України, які перебувають на службі у Збройних Силах України та в інших військових формуваннях, а також членів їх сімей⁴.

Разом з цим, Конституція України закріплює ряд основоположних інформаційних прав таких як: право на таємницю особистої кореспонденції (листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції). При цьому зроблено виняток, що стосується запобігання злочину, розслідування кримінальної справи (стаття 31); право на таємницю особистого та сімейного життя, за винятком інтересів національної безпеки, економічного добробуту, прав людини та інших випадків передбачених законом (стаття 32); право на вільний вибір обробки та поширення інформації (стаття 34), зокрема іде мова про відкриту інформацію, яка не обмежена у доступі.

У нормах Конституції України сформовані основоположні правові засади функціонування ЗСУ та гарантування інформаційних прав громадян, їх основні правові можливості особистої свободи та захищеності, які знаходять розвиток та деталізацію у законах та підзаконних правових актах. Крім того, закріплені в Основному Законі держави інформаційні права громадян передбачають відповідні гарантії їх реалізації у ЗСУ, а саме передбачають наявність у них (ЗСУ) відповідних повноважень та механізмів їх реалізації.

Основний масив норм інформаційного законодавства зосереджений у законах та підзаконних нормативно-правових актах, що у цілому та безпосередньо урегульовують інформаційні відносини (закони України «Про інформацію», «Про державну таємницю», Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання оприлюднення публічної інформації у формі відкритих даних» тощо). Не менш важливу роль відіграють норми стосовно інформаційних повноважень закріплені у спеціальних нормативно-правових актах, що регулюють сферу оборони на національній безпеки («Про Збройні Сили України», наказ МОУ «Про затвердження Інструкції із забезпечення доступу до публічної інформації в Міністерстві оборони України та Збройних Силах України» тощо). Багатоманітність та різноплановість питань інформаційної діяльності ЗСУ, що забезпечені нормативно-правовими актами дозволяють нам здійснити їх розподіл за окремими спрямуваннями.

У доктрині інформаційного права вже склались деякі підходи до системної структурованості норм інформаційного права. Так на думку О. М. Селезньової необхідно розмежовувати такі норми на підсистеми: законодавчих актів; підзаконних актів; локальних нормативно-правових актів⁵.

І. М. Сопілко дослідивши правове регулювання інформаційних відносин, поділила нормативно-правові акти на ті, що: *встановлюють основні правила* щодо ведення інформаційної діяльності, тобто одержання, використання, поширення та зберігання інформації і захисту прав суб'єктів інформаційних відносин (норми Конституції України та Цивільного кодексу України, закони України «Про інформацію», «Про інформаційні агентства», «Про захист персональних даних», «Про державну таємницю», «Про науково-технічну інформацію» тощо); *визначають правові можливості* органів державної влади щодо дій з інформацією, зокрема стосовно можливостей отримувати та надавати органам державної влади України інформації (закони України «Про прокуратуру», «Про статус народного депутата» та інші); *регламентують відносини щодо поповнення національного інформаційного фонду* (Закон України «Про обов'язковий примірник документів»)⁶.

З урахуванням специфіки інформаційних відносин у діяльності Державної прикордонної служби України І. П. Кушнір запропонувала, таку систему нормативно-правових актів, а саме: Конституція України визначає основні інформаційно-правові засади такої діяльності; загальні або базові нормативно-правові

¹ Інформаційне законодавство. Енциклопедія сучасної України. URL: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=12461

² Конституція України : Закон України від 28.06.1996. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>, ч. 2 ст. 17.

³ Там само. ч. 4 ст. 17.

⁴ Там само. ч. 5 ст. 17.

⁵ Селезньова О. М. Теоретико-методологічні основи інформаційного права України : монографія. Чернівці : Місто, 2014. 408 с., с. 113.

⁶ Сопілко І. М. Інформаційні правовідносини за участю органів державної влади України : монографія. Київ : МП «Леся», 2013. 220 с., с. 23.

акти, які визначають основні положення інформаційного права; спеціальні нормативно-правові акти, що врегульовують інформаційну діяльність у межах повноважень ДПСУ; програмні документи, що формулюють основні напрямки розвитку відомства на близьку та середню перспективи з урахуванням актуальних загроз і потреб розвитку сфери охорони державного кордону⁷.

Проаналізовані наукові підходи, а також норми інформаційного законодавства, а також норм що врегульовують діяльність ЗСУ запропонуємо їх поєднати їх у групи наступним чином.

Першу групу фундаментальну, утворюють норми Закону України «Про інформацію». Даний Закон в силу своєї всеосяжності врегулювання інформаційних відносин, закріплює основні поняття, принципи, вектори розвитку як самих відносин, так і інших норм законодавства у сфері реалізації прав усіх суб'єктів на інформацію, закріплює основи засади, що є вкрай важливим у сфері оборони та безпеки держави, а також урегулює й інші питання, цінні для визначення повноважень та безпосереднього здійснення інформаційної діяльності ЗСУ.

Також до цієї групи ми відносимо закони які закріплюють за ЗСУ інформаційні права та обов'язки у забезпеченні функцій, що покладаються державою та народом України на це військове формування, зокрема: «Про оборону України», «Про Збройні Сили України», «Про Раду національної безпеки і оборони України», «Про правовий режим надзвичайного стану», «Про боротьбу з тероризмом», «Про запобігання корупції», «Про правовий режим воєнного стану», «Про національну безпеку України»; накази МОУ «Про затвердження Положення про Департамент стратегічних комунікацій Міністерства оборони України»; наказ Головнокомандувача ЗСУ «Про затвердження Положення про Управління стратегічних комунікацій Апарату Головнокомандувача Збройних Сил України»; накази Генерального штабу ЗСУ «Про затвердження Інструкції з реалізації стратегічних комунікацій у Збройних Силах України», «Про затвердження Положення про органи зв'язків з громадськістю (прес-служби) ЗСУ»; наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Положення про державну реєстрацію друкованих засобів масової інформації в Україні та Положення про державну реєстрацію інформаційних агентств як суб'єктів інформаційної діяльності».

Друга група нормативно-правових актів передбачає установлення та забезпечення правового режиму інформації, у тому числі електронного документообігу, використання телекомунікаційних систем, обіг та захист інформації у сфері оборони, а саме: Закони України «Про державну таємницю», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», «Про електронні документи та електронний документообіг», «Порядок обміну електронними документами з контролюючими органами», «Про електронні довірчі послуги»; постанова Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань на тему: Безпека діяльності журналістів в Україні: стан, проблеми і шляхи їх вирішення»; Укази Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 року «Про нову редакцію Воєнної доктрини України», «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 року «Про Стратегію національної безпеки України»; постанови Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію друкованих засобів масової інформації, інформаційних агентств та розміри реєстраційних зборів», «Про затвердження Правил забезпечення захисту інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах», тощо; накази МОУ «Про затвердження порядку використання мережі Інтернет у системі Міністерства оборони України», «Про здійснення міжнародного співробітництва Міністерством оборони України та Збройними Силами України», «Про організацію роботи щодо оприлюднення публічної інформації у формі відкритих даних розпорядником якої є Міністерство оборони України»; наказ Головнокомандувача ЗСУ «Про затвердження Інструкції зі зберігання і користування особовим складом Збройних Сил України засобами стільникового зв'язку та іншими електронними засобами»; наказ Служби безпеки України «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю».

У межах **третьої групи**, нормативно-правові акти, що урегульовують питання відкритості та доступності громадян, суспільства у сфері діяльності ЗСУ, а також комунікацію із громадськістю. До цієї групи можна віднести: Закони України: «Про доступ до публічної інформації», «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування засобами масової інформації», «Про інформаційні агентства», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» тощо; Укази Президента України «Про заходи щодо розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні», «Про додаткові заходи щодо забезпечення відкритості у діяльності органів державної влади», «Про забезпечення умов для більш широкої участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики», «Питання забезпечення органами виконавчої влади доступу до публічної інформації»; постанови Кабінету Міністрів України «Про Порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади», «Про заходи щодо подальшого забезпечення відкритості у діяльності органів виконавчої влади», «Про затвердження Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади», «Про забез-

⁷ Кушнір І. П. Інформаційно-правова діяльність Державної прикордонної служби України: нормативно-правовий аспект. *Конституційно-правові академічні студії*. 2018. № 2. С. 165-

печення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики», «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики»; накази МОУ «Про затвердження Інструкції про порядок допуску журналістів, працівників засобів масової інформації на об'єкти Міністерства оборони України та Збройних Сил України», «Про організацію висвітлення діяльності Збройних Сил України», «Про затвердження Концепції стратегічних комунікацій Міністерства оборони України та Збройних Сил України»; накази Головнокомандувача ЗСУ «Про затвердження Положення про Управління зв'язків з громадськістю Збройних Сил України».

До **четвертої групи** ми відносимо нормативно-правові акти, які створюють умови для забезпечення прав громадян на приватність, звернення та запит на інформацію. Такі питання урегульовані: в Законах України: «Про захист персональних даних», «Про доступ до публічної інформації», «Про звернення громадян»; Указах Президента України «Про першочергові заходи щодо забезпечення реалізації та гарантування конституційного права на звернення до органів державної влади та органів місцевого самоврядування», «Питання забезпечення органами виконавчої влади доступу до публічної інформації», «Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини» тощо; наказах МОУ «Про затвердження Інструкції про організацію розгляду звернень та проведення особистого прийому громадян у Міністерстві оборони України та Збройних Силах України», «Про затвердження Інструкції із забезпечення доступу до публічної інформації в Міністерстві оборони України та Збройних Силах України» та інші.

Цілком підтримуємо погляд О. М. Селезньової про необхідність приділення уваги локальним нормативно-правовим актам¹, виділимо **п'яту групу** нормативно-правових актів. До неї відносяться конкретні акти, зокрема: накази, що стосуються допуску до роботи інформацією, накази про притягнення до відповідальності за порушення норм інформаційного законодавства, що належить до компетенції командирів (начальників), згідно з вимогами Дисциплінарного статуту Збройних Сил України та статті 15 Кодексу України про адміністративні правопорушення тощо.

Важливе значення у формуванні правових засад відіграє судова практика (судові рішення ЄСПЛ, рішення Конституційного Суду України та судові рішення з Єдиного державного реєстру судових рішень), які на нашу думку варто віднести до **шостої групи**. Судові рішення, в умовах становлення інформаційного законодавства, наявності у ньому неточностей чи неузгодженості окремих норм, відіграють важливу роль для осмислення окремих елементів, як теоретичного так і практичного значення.

Висновки. Отже, нами на підставі аналізу правових засад інформаційної діяльності ЗСУ, здійснено згрупування нормативно-правових актів, які врегульовують відносини у сфері функціонування ЗСУ пов'язані із обігом інформації, та які представлені у законодавстві у великій кількості. Таке упорядкування й узагальнення норм, що урегульовують інформаційну діяльність ЗСУ сприятиме теоретичному з'ясуванню правових підстав та покращенню правозастосування, стосовно цієї діяльності. Запропонований підхід може бути застосовано для створення систематизованого, із застосуванням інкорпорації, нормативно-правового акта, який дозволить серед великої кількості нормативно-правових актів, що урегульовують інформаційну діяльність у ЗСУ упорядкувати ці відносини та підвищити ефективність обігу інформації та інформаційну безпеку.

Анотація.

У статті проаналізовано нормативно-правові акти, що врегульовують інформаційну діяльність у Збройних Силах України. Проведений аналіз дозволив виявити значну кількість нормативно-правових актів та норм, що врегульовують таку діяльність. З метою теоретичної доцільності та практичної необхідності, запропоновано розглядати їх у межах окремих шести груп.

Summary.

The article analyzes the legal framework regulating information activity in the Armed Forces of Ukraine. The analysis reveals a significant number of norms and rules regulating such activity. With the help of theoretical expediency and practical necessity we propose to develop them within six separate groups.

References:

1. Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.
2. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.
3. Інформаційне законодавство. Енциклопедія сучасної України. URL: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=12461
4. Конституція України : Закон України від 28.06.1996. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

¹ Селезньова О. М. Теоретико-методологічні основи інформаційного права України : монографія. Чернівці : Місто, 2014. 408 с., с. 116.

5. Селезньова О. М. Теоретико-методологічні основи інформаційного права України : монографія. Чернівці : Місто, 2014. 408 с.
6. Сопілко І. М. Інформаційні правовідносини за участю органів державної влади України : монографія. Київ : МП «Леся», 2013. 220 с.
7. Кушнір І. П. Інформаційно-правова діяльність Державної прикордонної служби України: нормативно-правовий аспект. *Конституційно-правові академічні студії*. 2018. № 2. С. 165-Рибка І.Є. Становлення та розвиток законодавства про визнання фізичної особи неплатоспроможною в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. № 36(1). С. 128—133.
8. Загоруй Л. М. Банкрутство фізичної особи - не підприємця. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2020. №1. С. 204—212. DOI: <https://doi.org/10.33766/2524-0323.89.204-212>.
9. Бірюков О.М. Банкрутство громадян: за і проти. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 11. С. 60—65.
10. Про банкрутство : Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 31. Ст. 440.
11. Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство» : Закон України від 30.06.1999 р. № 784-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 42-43. Ст. 378.
12. Бутирська І. А. Правовий статус учасників справи про банкрутство: монографія. Чернівці. Технодрук, 2017. 184 с.
13. Про внесення змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» : Закон України від 22.12.2011 р. № 4212-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 32-33. Ст. 413.
14. Бутирська І.А. Правове становище боржника у справі про банкрутство. *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство*. 2013. № 682. С. 65—69.
15. Худенко М.В. Незалежна професійна діяльність: господарсько-правова природа. *Економіка та право*. 2019. № 2 (53). С. 95—102. DOI: <https://doi.org/10.15407/econlaw.2019.02.095>
16. Білоусов С.М. Банкрутство як спосіб консолідації та впорядкування активів і пасивів суб'єкту некомерційної господарської діяльності. *Економіка. Фінанси. Право*. 2017. № 12(1). С. 16—20.
17. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.
18. Радзивілюк В. В. Концептуальні зміни цільової спрямованості новітнього законодавства про банкрутство. *Право України*. 2019. № 8. С. 107—119. DOI: <https://doi.org/10.33498/loiu-2019-08-107>
19. Про затвердження Порядку обліку платників податків і зборів : Наказ Міністерства фінансів України від 09.12.2011 р. № 1588. Офіційний вісник України. 2012. № 1. Ст. 39.
20. Лукашук М.В. Правове регулювання банкрутства фізичних осіб на підставі Кодексу України з процедур банкрутства. *Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства. Збірка наукових статей*. Київ. Алерта, 2019. С. 174—181. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (дата звернення: 14.12.2020).
21. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1403-VIII. Відомості Верховної ради України. 2016. № 29. Ст. 535.
22. Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. Відомості Верховної ради України. 1993. № 39. Ст. 383.
23. Прилуцький Р.Б., Саржинська М.П. Банкрутство фізичної особи – підприємця. *Юридична наука*. 2012. № 6. С. 53—58.
24. Ніколаєв І.С. Коментар для «ЗіБ» Надія без результату. Ліквідатори продовжують балансувати на межі злочину за несплату податків. *Закон і Бізнес*. №9(1411). 15.03.2019. URL: https://zib.com.ua/ua/print/136728-likvidatori_prodivzhuuyut_balansuvati_na_mezhi_zlochynu_za_ne.html (дата звернення: 14.12.2020).
25. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13-14. № 15-16. № 17. Ст. 112.

Khudenko Maryna,

PhD Student, State Organization "V. Mamutov Institute of Economic and Legal Research of NAS of Ukraine", member of Civil Law Committee at the Bar Council of Kyiv Region,
ORCID ID 0000-0002-7275-3744

Ownership of a physical medium, certifying the acquisition of intellectual property rights, as a structural element of the constitutional right of everyone to own, use and dispose of the results of their intellectual activity

Право власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, як структурний елемент конституційного права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної діяльності

Uvarov A.

Key words:

constitutional right to own, use and dispose of the results of their intellectual activity, property rights, patent, trademark, license to provide Internet access, the exclusive right to use and possess a registered domain name on the Internet.

Ключові слова:

конституційне право володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної діяльності, право власності, патент, торгова марка, ліцензія на надання доступу в Інтернет, виключне право використання і володіння зареєстрованим доменним іменем в Інтернеті.

Постановка проблеми. Мета права інтелектуальної власності полягає в захисті результатів інтелектуальної праці, незалежно від їх форми¹. Статтю 41 Конституції України кожному гарантується право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності². Конвенцією від 14 липня 1967 року про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності³ закріплює право на захист не лише ідей, а й форм, в якій вони передаються. Відповідно до ст. 462 Цивільного кодексу України «Право інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок підлягає державній реєстрації, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Набуття права інтелектуальної власності на винахід і корисну модель засвідчується патентом, на промисловий зразок - свідоцтвом. ... Умови та порядок державної реєстрації права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, а також умови та порядок видачі патенту, свідоцтва встановлюються законом»⁴. Згідно зі ст. 494 Цивільного кодексу України «Набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку засвідчується свідоцтвом. Умови та порядок видачі свідоцтва встановлюються законом. ... Набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку, яка має міжнародну реєстрацію або визнана в установленому законом порядку добре відомою, не вимагає засвідчення свідоцтвом»⁵.

Водночас, питання права власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, залишається одним з найбільш дискусійних в юридичній науці та викликає численні спори на практиці. Зокрема, серед вчених немає однастайності щодо переліку таких носіїв, а також в питанні чи

¹ Deshko L. Patenting of medicinal products: the experience of implementation of the flexible provisions of the TRIPS-plus Agreement by foreign countries and the fundamental patent reform in Ukraine. *Georgian Medical News*. 2018. №9. P. 161-164.

² Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

³ Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності від 14 липня 1967 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_169/card6#Public.

⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.

⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.

підпадає це суб'єктивне право під дію ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Не менш актуальним воно є і з практичної точки зору адже численими є суперечки між суб'єктами господарювання, державою (рішення Європейського суду з прав людини в справах «Ahmet Yıldırım проти Туреччини» від 18 «Анхойзер-Буш Інк. проти Португалії» від 11 січня 2007 р.⁶ та ін.).

Аналіз останніх досліджень та публікацій. В науці конституційного права питання права власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, в світлі практики Європейського суду з прав людини не досліджувалось. Разом з тим, є ряд досліджень, присвячених правам, які є гарантією конституційного права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності аги⁷, О. Васильченко⁸, Л. Дешко^{9, 10, 11}, Т. Ейзер¹², В. Забороського¹³, Г. Нечипорук¹⁴ та ін.).

Мета статті – встановити перелік фізичних носіїв, що засвідчують набуття права інтелектуальної власності, а також довести, що право власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, є структурним елементом конституційного права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної діяльності.

Виклад основного матеріалу. Інтелектуальна власність підпадає під сферу дії статті 1 Протоколу 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Відповідно до ст. 1 Протоколу 1 Конвенції кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права¹⁵. Основною метою статті 1 Першого протоколу є запобігання свавільному захопленню власності, конфіскації, експропріації та іншим порушенням принципу безперешкодного користування своїм майном¹⁶.

У справі «Анхойзер-Буш Інк. проти Португалії» компанія-заявник виробляла пиво, яке вона продавала під торговою маркою «Budweiser»¹⁷. «У 1981 році вона звернулася до Національного інституту промислової власності (НІПВ) за реєстрацією в Португалії найменування в якості торгової марки. Проти заяви виступила чеська компанія, яка в 1968 році зареєструвала «Budweiser Bier» в якості найменування місця походження товару відповідно до положень Лісабонської угоди 1958 року про захист найменувань місць походження товарів і їхньої міжнародної реєстрації. У 1995 році компанія-заявник отримала рішення суду про скасування реєстрації найменування місця походження товару на тій підставі, що воно не підпадало під захист за Лісабонською угодою. НІПВ згодом зареєстрував її торгову марку. Чеська компанія оскаржила це рішення до суду першої інстанції, посилаючись на двосторонню угоду між Португалією та Чехословаччиною, яка захищала зареєстровані найменування місць походження товарів. Суд першої інстанції виніс рішення проти чеської компанії, але його рішення було скасовано апеляційним судом, який постановив, що реєстрація торгової марки компанії-заявника була недійсною. У 2001 році Верховний суд відхилив ка-

⁶ Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Анхойзер-Буш Інк. проти Португалії» від 11 січня 2007 р. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20[Russian%20Translation].pdf).

⁷ Deshko L., Bysaga Y., Bysaga Y. Public procurement in the healthcare sector: adaptation of the administrative legislation of Ukraine to the EU legislation. *Georgian Medical News*. 2019. №6 (291). P. 126-130.

⁸ Deshko L., Bysaga Y., Vasylychenko O., Nechyporuk A., Pifko O., Berch V. Medicines: technology transfer to production, cession of ownership rights for registration certificates and transfer of production in conditions of modern challenges to international and national security. *Georgian Medical News*. 2020. №10. P. 180-184.

⁹ Волков В., Дешко Л. На захист медичного права. *Юридичний Вісник України*. 2006. № 8. С. 8.

¹⁰ Волков В., Дешко Л. Медичне право – реальність сьогодення. *Інформаційний правовий простір*. 2007. № 18. С. 45–48. 2.

¹¹ Deshko L. The principle of «de minimis non curat praetor» in International Law. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2018. №4. С. 5-15.

¹² Ezer T., Deshko L., Clark N. G. et al. Promoting public health through clinical legal education: Initiatives in South Africa, Thailand, and Ukraine. *Human Rights Brief*. 2010. №17/27. P. 32. URL: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/17/2ezer.pdf>.

¹³ Deshko L. M., Bysaga Y.M., Zaborovskyy V.V. Protection of human rights by the Constitutional Court of Ukraine in the field of health care. *Georgian Medical News*. 2019. №9 (294). P. 165-171.

¹⁴ Конституційне право на звернення до Європейського суду з прав людини та механізм реалізації права на виконання його рішень / Г.Ю. Нечипорук, Ю.М. Бисага, В.В. Берч, Л.М. Дешко, Ю.Ю. Бисага, К.О. Нечипорук. Ужгород, ТОВ «ПК-У», 2020.

¹⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

¹⁶ Рішення Деснянського районного суду м. Києва у справі №754/13529/17 від 20 серпня 2019 р. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/83874181/>

¹⁷ Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Анхойзер-Буш Інк. проти Португалії» від 11 січня 2007 р. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20[Russian%20Translation].pdf).

саційну скаргу компанії-заявника на тій підставі, що найменування місця походження товару захищалося двосторонньою угодою. Тому реєстрація торгової марки компанії-заявника була скасована. У своїй заяві до Суду компанія-заявник скаржилася на те, що їй було позбавлено торгової марки в застосування двосторонньої угоди, яка набула чинності після того, як була подана заява про реєстрацію торгової марки»¹.

Велика палата Європейського суду з прав людини не була одностайна з Палатою. На думку Великої палати заява про реєстрацію торгової марки підпадає під положення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції оскільки інтереси майнового характеру вона встановлює. Дійсно, з одного боку, реєстрація торгової марки стає остаточною тільки якщо вона не порушує законних прав третіх сторін. З цього вивливає, що права, закріплені за заявою про реєстрацію торгової марки, підпадають під певні умови. Але з іншого боку, сторона, яка бажає зареєструвати торгову марку, все ж таки має право очікувати, що заяву буде розглянуто у згідно з чинним законодавством, в разі якщо вона задовольняє відповідним матеріальним та процесуальним вимогам. З цього випливає, що компанія-заявник має ряд майнових прав, визнаних національним законодавством навіть якщо і припустити, що за певних обставин вони й могли б бути скасовані.

Таким чином, заява про реєстрацію торгової марки є фізичним носієм, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, та підпадає під положення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції.

В справі «Kamou Radyo Televizyon Yayincilik ve Organizasyon A.Ş. проти Туреччини» від 16 квітня 2019 р.² Європейський суд з прав людини до фізичного носія, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, та підпадає під положення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції, відніс, по-перше, торгову марку. Так, відповідно до обставин цієї справи «...інша юридична особа, пов'язана з компанією-заявником, у 1999 році почала видавництво газети під назвою «Özlenen Gazete Vatan», назву якої було зареєстровано як торгову марку, але невдовзі, після спливу двох місяців, випуск газети було зупинено з фінансових причин. Проте інша компанія, яка також займалася діяльністю у сфері ЗМІ, Ваğımsız Gazetecilik Yayincılık A.Ş., у вересні 2002 року розпочала видавництво власної газети за назвою «Vatan», що спонукало юридичну особу, пов'язану з компанією-заявником, розпочати судове провадження щодо захисту своєї торгової марки у Стамбульському суді з інтелектуальної власності. Пізніше право власності на зазначену торговельну марку було передано компанії-заявнику, яка стала процесуальним правонаступником попередньої сторони у справі. Під час судового провадження було проведено експертизу, в ході якої встановлено, що назва газети «Vatan», яка була предметом спору в суді, була розповсюдженою ще до реєстрації цієї назви компанією-заявником. За результатами судового розгляду суд першої інстанції у 2004 році відхилив позов компанії-заявника про захист її товарного знаку. Законність та обґрунтованість висновків суду першої інстанції була підтверджена рішенням Касаційного суду у 2005 році. На обґрунтування відмови у задоволенні позову суди посилались на норми чинного на час розгляду справи законодавства, яким було передбачено, що видавцям періодичних видань не може бути заборонено публікуватися законом про торгові марки, зокрема, Законодавчим указом № 556 про захист торгових марок»³.

По-друге, в справі «Kamou Radyo Televizyon Yayincilik ve Organizasyon A.Ş. проти Туреччини» від 16 квітня 2019 р. Європейський суд з прав людини до фізичного носія, що підпадає під положення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції, відніс свідоцтво про реєстрацію назви газети. Так, з метою захисту інтелектуальної власності відповідачем у справі було розпочато інше судове провадження. Відповідач просив анулювати реєстрацію торгової марки компанією-заявником. Позов був задоволений у 2006 році: свідоцтво про реєстрацію назви газети компанією-заявником було анульовано. 11 серпня 2006 р. на ім'я Ваğımsız Gazetecilik було зареєстровано торгову марку для назви «Vatan». 9 листопада 2006 р. з патентного реєстру було вилучено реєстрацію торгової марки компанії-заявника⁴. Європейський суд з прав людини констатував порушення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції. Тобто, було порушено право на мирне володіння майном.

Таким чином, торгова марка є фізичним носієм, що засвідчує право інтелектуальної власності, та підпадає під положення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції.

В рішенні про неприйнятність заяви у справі «Сміт Кляйн і Френч Лабораторіз Лтд. проти Нідерландів» №12633/87 від 4 жовтня 1990 р.⁵ йдеться, що «...контроль використання власності встановив справедливе співвідношення між інтересами заявника і загальними інтересами, тому скарга була визнана явно

¹ Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Анхойзер-Буш Інк. проти Португалії» від 11 січня 2007 р. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20[Russian%20Translation].pdf).

² Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Kamou Radyo Televizyon Yayincilik ve Organizasyon A.Ş. проти Туреччини» від 16 квітня 2019 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_2019_13.pdf.

³ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Kamou Radyo Televizyon Yayincilik ve Organizasyon A.Ş. проти Туреччини» від 16 квітня 2019 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_2019_13.pdf.

⁴ Інтернет: прецедентне право Європейського Суду з прав людини. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/publikacii/2016-03-10.echr.internet.droz dov.pdf>.

⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Сміт Кляйн і Френч Лабораторіз Лтд. проти Нідерландів» №12633/87 від 4 жовтня 1990 р. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/publikacii/2016-03-10.echr.internet.droz dov.pdf>.

необґрунтованою»; -рішення у справі Ленцінг АГ проти Сполученого Королівства (№ 38817/97, 9 вересня 1998 року). Відтак, патент є фізичним носієм, що засвідчує право інтелектуальної власності, та підпадає під положення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції.

В справі «Мегадат.ком СРЛ проти Молдови» № 21151/04 від 8 квітня 2008 р. (§ 63) Європейський суд з прав людини до фізичного носія, що засвідчує право інтелектуальної власності, та підпадає під положення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції відніс ліцензії на надання доступу в Інтернет. Так, відповідно до обставин справи «Мегадат.ком СРЛ проти Молдови» від 8 квітня 2008 р. «... компанія-заявник поскаржилася на визнання недійсною її телекомунікаційних ліцензій на тій підставі, що вона не поінформувала компетентний наглядовий орган про зміну своєї адреси. Крім того, вона стверджувала, що вона була єдиною з 91 компаній, яка отримала таке суворе покарання. В результаті компанії довелося припинити свою діяльність»⁶. Європейський суд з прав людини дійшов висновку, що розгляд справи національними судами Молдови «...був дуже формальним. Не було зроблено спроб встановити співвідношення між загальною проблемою, якої стосувалася справа, і санкцією, застосованої до компанії-заявника»⁷. Європейським судом з прав людини було констатовано довільний характер розгляду, а також що до компанії було застосоване покарання, яке є надто суворим. Також було встановлено, що компанія зазнала дискримінаційного поводження адже при визнанні недійсними ліцензій Мегадат.ком СРЛ державна влада Молдови не використовувала будь-які послідовні міркування. Європейський суд з прав людини констатував порушення ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

В рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Паеффген Гмбх проти Німеччини» від 18 вересня 2007 р.⁸ Європейський суд з прав людини розглянув питання реєстрації доменних імен, а також питання потенційне втручання у здійснення прав третіх осіб. В Рішенні йдеться, що «...судовий наказ, що забороняє використання і вимагає анулювання доменних імен, зареєстрованих на ім'я заявника, але є втручанням в права третіх осіб, був призначений для досягнення правомірного загального інтересу стосовно підтримки функціонуючої системи захисту торгових марок і / або імен. Національна влада мала широкі межі розсуду. Проте, їх рішення мало встановити справедливе співвідношення між захистом, який повинен отримувати власник виключного права на використання доменних імен, і вимогами загальних інтересів. Власник тако-го «майна» не повинен був нести індивідуальний або надмірний тягар»⁹.

Отже, виключне право використання і володіння зареєстрованими доменними іменами в Інтернеті є майном в розумінні ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Висновки. 1. Встановлено перелік фізичних носіїв, що засвідчують набуття права інтелектуальної власності: заява про реєстрацію торгової марки; торгова марка; патент; ліцензія на надання доступу в Інтернет; виключне право використання і володіння зареєстрованим доменним іменем в Інтернеті. Аргументовано, що поняттям «майно» в світлі ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод охоплюються заявапро реєстрацію торгової марки; торгова марка; патент; ліцензія на надання доступу в Інтернет; виключне право використання і володіння зареєстрованим доменним іменем в Інтернеті.

2. Доведено, що право власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, є структурним елементом конституційного права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної діяльності.

Анотація.

В статті досліджено право власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності. Проаналізовано законодавство України, практику Європейського суду з прав людини. Встановлено перелік фізичних носіїв, що засвідчують набуття права інтелектуальної власності: заява про реєстрацію торгової марки; торгова марка; патент; ліцензія на надання доступу в Інтернет; виключне право використання і володіння зареєстрованим доменним іменем в Інтернеті. Аргументовано, що поняттям «майно» в світлі ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод охоплюються заявапро реєстрацію торгової марки; торгова марка; патент; ліцензія на надання доступу в Інтернет; виключне право використання і володіння зареєстрованим доменним іменем в Інтернеті. Доведено, що право власності на фізичний носій, що засвідчує набуття права інтелектуальної власності, є структурним

⁶ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мегадат.ком СРЛ проти Молдови» від 8 квітня 2008 р. URL: <https://www.echr.coe.int/>

⁷ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мегадат.ком СРЛ проти Молдови» від 8 квітня 2008 р. URL: <https://www.echr.coe.int/>

⁸ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Паеффген Гмбх проти Німеччини» від 18 вересня 2007 р. URL: [https://protocol.ua/ua/paeffgen_gmbh_proti_nimechchini_pravo_na_domenne_im_ya_e_pravom_vlasnosti_\(st_1_prtrtokolu_1_konventsii_zayavi_25379_04_21688_05_21722_05_ta_21770_05_vid_18_veresnya_2007_roku\)/](https://protocol.ua/ua/paeffgen_gmbh_proti_nimechchini_pravo_na_domenne_im_ya_e_pravom_vlasnosti_(st_1_prtrtokolu_1_konventsii_zayavi_25379_04_21688_05_21722_05_ta_21770_05_vid_18_veresnya_2007_roku)/)

⁹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Паеффген Гмбх проти Німеччини» від 18 вересня 2007 р. URL: [https://protocol.ua/ua/paeffgen_gmbh_proti_nimechchini_pravo_na_domenne_im_ya_e_pravom_vlasnosti_\(st_1_prtrtokolu_1_konventsii_zayavi_25379_04_21688_05_21722_05_ta_21770_05_vid_18_veresnya_2007_roku\)/](https://protocol.ua/ua/paeffgen_gmbh_proti_nimechchini_pravo_na_domenne_im_ya_e_pravom_vlasnosti_(st_1_prtrtokolu_1_konventsii_zayavi_25379_04_21688_05_21722_05_ta_21770_05_vid_18_veresnya_2007_roku)/)

елементом конституційного права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної діяльності.

Summary.

The article examines the ownership of a physical medium, which certifies the acquisition of intellectual property rights. The legislation of Ukraine, the practice of the European Court of Human Rights are analyzed. The list of physical carriers certifying the acquisition of intellectual property rights is established: application for trademark registration; trademark; patent; license to provide Internet access; the exclusive right to use and own a registered domain name on the Internet. It is argued that the concept of "property" in the light of Art. 1 of Protocol 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms covers applications for trademark registration; trademark; patent; license to provide Internet access; the exclusive right to use and own a registered domain name on the Internet. It is proved that the right of ownership of a physical medium, certifying the acquisition of intellectual property rights, is a structural element of the constitutional right of everyone to own, use and dispose of the results of their intellectual activity.

References:

1. Deshko L. Patenting of medicinal products: the experience of implementation of the flexible provisions of the TRIPS-plus Agreement by foreign countries and the fundamental patent reform in Ukraine. *Georgian Medical News*. 2018. №9. P. 161-164.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
3. Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності від 14 липня 1967 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_169/card6#Public.
4. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
5. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Ahmet Yildirim проти Туреччини» від 18 грудня 2012 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-126863&filename=001-126863.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.
6. Рішення Європейського суду з прав людини в справі «Анхойзер-Буш Інк. проти Португалії» від 11 січня 2007 р. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-99293&filename=CASE%20OF%20ANHEUSER-BUSCH%20INC.%20v.%20PORTUGAL%20-%20[Russian%20Translation].pdf).
7. Deshko L., Bysaga Y., Bysaga Y. Public procurement in the healthcare sector: adaptation of the administrative legislation of Ukraine to the EU legislation. *Georgian Medical News*. 2019. №6 (291). P. 126-130.
8. Deshko L., Bysaga Y., Vasylchenko O., Nechiporuk A., Pifko O., Berch V. Medicines: technology transfer to production, cession of ownership rights for registration certificates and transfer of production in conditions of modern challenges to international and national security. *Georgian Medical News*. 2020. №10. P. 180-184.
9. Волков В., Дешко Л. На захист медичного права. *Юридичний Вісник України*. 2006. № 8. С. 8.
10. Волков В., Дешко Л. Медичне право – реальність сьогодення. *Інформаційний правовий простір*. 2007. № 18. С. 45–48. 2.
11. Deshko L. The principle of «de minimis non curat praetor» in International Law. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2018. №4. С. 5-15.
12. Ezer T., Deshko L., Clark N. G. et al. Promoting public health through clinical legal education: Initiatives in South Africa, Thailand, and Ukraine. *Human Rights Brief*. 2010. №17/27. P. 32. URL: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/17/2ezer.pdf>.
13. Deshko L. M., Bysaga Y.M., Zaborovskyy V.V. Protection of human rights by the Constitutional Court of Ukraine in the field of health care. *Georgian Medical News*. 2019. №9 (294). P. 165-171.
14. Конституційне право на звернення до Європейського суду з прав людини та механізм реалізації права на виконання його рішень / Г.Ю. Нечипорук, Ю.М. Бисага, В.В. Берч, Л.М. Дешко, Ю.Ю. Бисага, К.О. Нечипорук. Ужгород, ТОВ «РІК-У», 2020.
15. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
16. Рішення Деснянського районного суду м. Києва у справі №754/13529/17 від 20 серпня 2019 р. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/83874181/>
17. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Kamoy Radyo Televizyon Yayincılık ve Organizasyon A.Ş. проти Туреччини» від 16 квітня 2019 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_2019_13.pdf.
18. Інтернет: прецедентне право Європейського Суду з прав людини. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/publikacii/2016-03-10.echr.internet.drozdov.pdf>.
19. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Сміт Кляйн і Френч Лабораторіз Лтд. проти Нідерландів» №12633/87 від 4 жовтня 1990 р. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/publikacii/2016-03-10.echr.internet.drozdov.pdf>.

20. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мегадат.ком СРЛ проти Молдови» від 8 квітня 2008 р. URL: <https://www.echr.coe.int/>.

21. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Паєффген Гмбх проти Німеччини» від 18 вересня 2007 р. URL: [https://protocol.ua/ua/paeffgen_gmbh_proti_nimechchini_pravo_na_domenne_im_ya_e_pravom_vlasnosti_\(st_1_prtokolu_1_konventsii_zayavi_25379_04_21688_05_21722_05_ta_21770_05_vid_18_veresnya_2007_roku\)/](https://protocol.ua/ua/paeffgen_gmbh_proti_nimechchini_pravo_na_domenne_im_ya_e_pravom_vlasnosti_(st_1_prtokolu_1_konventsii_zayavi_25379_04_21688_05_21722_05_ta_21770_05_vid_18_veresnya_2007_roku)/).

Uvarov A.,

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

Bankruptcy of individuals engaged in independent professional activities in Ukraine

Банкрутство осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, в Україні

Khudenko Maryna

Key words:

The Bankruptcy Procedure Code of Ukraine, insolvency, debtor, independent professional activities, debt restructuring plan.

Ключові слова:

Кодекс України з процедур банкрутства, неплатоспроможність, боржник, незалежна професійна діяльність, план реструктуризації боргів.

Постановка проблеми та її актуальність. В сучасній економіці досить складно уявити відносини з урегулювання заборгованості без існування процедури банкрутства. Цей правовий інститут існує вже понад століття в більшості розвинених країн світу, які уникнули планової (командної) системи функціонування економіки. На думку І.Є. Рибки банкрутство є обов'язковим механізмом для будь-якого сучасного ринку, що використовує неспроможність у якості ринкового інструменту перерозподілу капіталу та віддзеркалює об'єктивні процеси структурної перебудови економіки. Він є одним із важливих засобів забезпечення безпеки економічних інтересів суб'єктів господарювання¹. Л.М. Загоруй висловлює думку про те, що окрім науково-теоретичного значення, інститут банкрутства має ще й практичне значення. А саме: кредитор позбувається безнадійних заборгованостей, боржник – може відновити свій статус повноцінного учасника відносин, а суспільство отримує певний баланс інтересів кредитора та боржника². А О.М. Бірюков говорить про те, що вирішення проблеми заборгованості шляхом банкрутства сприяє активізації громадян та допомагає оздоровленню економіки³.

І дійсно в умовах нестабільної політичної ситуації та економічної кризи все більше і більше осіб, в результаті різних причин, стають неплатоспроможними або банкрутами. Потреба в процедурі банкрутства, особливо в умовах економічної кризи, є досить нагальною для всіх суб'єктів економічної діяльності. І особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, не є виключенням. Банкрутство для таких осіб буде правовим інструментом, який дасть їм можливість економічно реабілітуватися, реструктуризувати або списати свої борги і почати свою діяльність знову, не припускаючи тих самих помилок. Визначивши порядок відновлення платоспроможності фізичних осіб та фізичних осіб-підприємців, законодавець оминув увагою певні особливості такої процедури для осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність. Відтак, очевидно є необхідність запровадження механізму правового регулювання неспроможності та банкрутства осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правовідносини неплатоспроможності та банкрутства були предметом дослідження багатьох науковців: В.В. Радзивілюк, П.Д. Пригуза, А.А. Бутирський, В.В. Джуно, І.А. Бутирська та інші. Більш детально питання неплатоспроможності фізичних осіб оглядали у своїх дослідженнях О.М. Бірюков, Ю.О. Подолян, М.В. Лукашук та Л.М. Загоруй.

Проте у законодавстві про банкрутство України немає прямого посилання на осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, як на боржників у провадженнях в справах про неплатоспроможність. Тому це питання поки що не знайшло свого відображення у науковій площині.

Метою статті є з'ясування законодавчих передумов банкрутства осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, та визначення основних особливостей процедури неплатоспроможності для таких осіб.

¹ Рибка І.Є. Становлення та розвиток законодавства про визнання фізичної особи неплатоспроможною в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. № 36(1). С. 129, 132.

² Загоруй Л. М. Банкрутство фізичної особи - не підприємця. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2020. №1. С. 209.

³ Бірюков О.М. Банкрутство громадян: за і проти. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 11. С. 63.

Результати дослідження. За останні роки процедура банкрутства зазнала значних змін. Особливо це стосується визначення кола осіб, які можуть бути боржниками або банкрутами в провадженнях у справах про банкрутство.

В преамбулі Закону України «Про банкрутство» (далі – Закон 1992 року) було зазначено, що цей закон визначає умови і порядок визнання юридичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності – банкрутами з метою задоволення претензій кредиторів⁴. Відповідно суб'єктами банкрутства Закон 1992 року визначав лише юридичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, неспроможних своєчасно виконати свої зобов'язання перед кредиторами або перед бюджетом⁵. Решта суб'єктів господарювання не могли скористатися процедурою банкрутства.

Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство»» затвердив нову редакцію цього закону⁶, розширивши коло осіб, які могли бути боржниками (банкрутами). Згідно зі статтею 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – Закон 1999 року) боржник – це суб'єкт підприємницької діяльності, неспроможний виконати свої грошові зобов'язання перед кредиторами, у тому числі зобов'язання щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), протягом трьох місяців після настання встановленого строку їх сплати⁷.

Порівнюючи суб'єктний склад Закону 1992 року та 1999 року, І.А. Бутирська звертає увагу на значне розширення кола суб'єктів банкрутства. Вона вказує на те, що за Законом 1992 року суб'єктами банкрутства могли бути тільки юридичні особи, зареєстровані в Україні як суб'єкти підприємницької діяльності, а за Законом 1999 року до них додалися і деякі некомерційні організації, а також громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності⁸. Статті 47 – 49 Закону 1999 року визначали особливості банкрутства «громадянина-підприємця» та розгляду арбітражними судами таких справ. Громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності на законодавчому рівні отримали можливість стати банкрутами, що стало хоч і маленьким, але кроком у напрямку запровадження такої процедури для осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність.

Наступною суттєвою зміною в законодавстві про банкрутство було прийняття Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»» (далі – Закон 2011 року) нової його редакції⁹, що набрала чинності 18 січня 2013 року. В статті 1 Закону 2011 року законодавець чітко визначив, що боржником є суб'єкт підприємницької діяльності – юридична особа або фізична особа-підприємець¹⁰. І як слушно підкреслила І.А. Бутирська: редакція 2011 року вже не містила норм, що були в попередніх редакціях законодавства і розширяли коло суб'єктів, стосовно яких могло бути порушено провадження у справі про банкрутство, за рахунок внесення до їх переліку некомерційних організацій – споживчих товариств, благодійних чи інших фондів¹¹. Аналізуючи зміни, які відбулись з прийняттям нової редакції Закону 2011 року можемо зробити висновок, що головними критеріями для визначення особи боржника в процедурі банкрутства були: 1) здійснення ним підприємницької діяльності та 2) наявність у нього статусу юридичної особи або фізичної особи-підприємця.

Відповідно до Закону 2011 року особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, не могла бути визнаною банкрутом з наступних підстав. По-перше, особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, не мають статусу фізичної особи-підприємця. По-друге, незалежну професійну діяльність за критерієм мети одержання прибутку не можна назвати підприємницькою. Особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, виконують свій суспільний обов'язок, а мета отримання прибутку у них другорядна¹². Як зазначає С.М. Білоусов остання редакція закону також не поширювалася і на суб'єктів некомерційного господарювання¹³. Тому особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, не будучи боржниками в розумінні Закону 2011 року, не могли скористатися процедурою банкрутства і значно обмежувалися в своїх правах.

⁴ Про банкрутство : Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 31. Ст. 440.

⁵ Там само.

⁶ Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство» : Закон України від 30.06.1999 р. № 784-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 42-43. Ст. 378.

⁷ Там само.

⁸ Бутирська І. А. Правовий статус учасників справи про банкрутство: монографія. Чернівці. Технодрук, 2017. С. 53–54.

⁹ Про внесення змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» : Закон України від 22.12.2011 р. № 4212-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 32-33. Ст. 413.

¹⁰ Там само.

¹¹ Бутирська І.А. Правове становище боржника у справі про банкрутство. *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство*. 2013. № 682. С. 65–66.

¹² Худенко М.В. Незалежна професійна діяльність: господарсько-правова природа. *Економіка та право*. 2019. № 2 (53). С. 100.

¹³ Білоусов С.М. Банкрутство як спосіб консолідації та впорядкування активів і пасивів суб'єкту некомерційної господарської діяльності. *Економіка. Фінанси. Право*. 2017. № 12(1). С. 19.

Цю ситуацію мав виправити Кодекс України з процедур банкрутства¹ (далі – КУЗПБ), який введений в дію в жовтні 2019 року. Згідно з положеннями КУЗПБ коло суб'єктів, які можуть бути боржниками, а отже і банкрутами, значно розширилося. Стаття 1 КУЗПБ визначає боржника як юридичну особу або фізичну особу, у тому числі фізичну особу-підприємця, неспроможного виконати свої грошові зобов'язання, строк виконання яких настав². З визначення особи боржника випливає, що фізичній особі не обов'язково здійснювати саме підприємницьку діяльність, щоб ініціювати процедуру банкрутства.

На думку В. В. Радзивілюк до боржників КУЗПБ відносить як суб'єктів комерційної, так і некомерційної діяльності, і таке розширення кола боржників є кроком уперед у регламентації відносин банкрутства³. Тому не можна не погодитися з твердженням, що «чим більше коло окремих категорій боржників підпадає під дію законодавства про банкрутство (щодо яких розроблені відповідні норми права), тим вище ефективність законодавства про банкрутство, що, зі свого боку, позитивно впливає на рівень розвитку національної економіки загалом та її складових зокрема, на захист інтересів не лише кредиторів, а й боржників та інших осіб, які беруть участь у провадженні у справі про банкрутство»⁴. Разом із розширенням кола боржників та вказівкою на те, що боржником може бути фізична особа, у осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, з'явилася можливість також використовувати процедуру банкрутства для реструктуризації, погашення або звільнення від своїх боргів.

Книга четверта КУЗПБ передбачає порядок відновлення платоспроможності фізичної особи, а її шостий розділ визначає особливості провадження у справах про неплатоспроможність окремих категорій осіб, серед яких фізичні особи-підприємці та особи, які зайняті у сільському господарстві. З аналізу книги четвертої КУЗПБ випливає, що особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, може звернутися до відповідного господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі про неплатоспроможність лише як звичайна фізична особа. Проте особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, в силу своєї діяльності мають певні особливості, які не враховуються процедурою банкрутства, передбаченою КУЗПБ для фізичних осіб.

Наприклад, п. 2 ч. 3 ст. 116 КУЗПБ передбачає, що до заяви про відкриття провадження у справі про неплатоспроможність додаються: документи, що підтверджують наявність (відсутність) у боржника статусу фізичної особи-підприємця⁵. Особа, яка здійснює лише незалежну професійну діяльність, не має такого документу, проте вона має довідку про взяття її на облік як платника податків, відомості щодо якого не підлягають включенню до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (далі – ЄДР), за формою, що передбачена Порядком обліку платників податків і зборів, затвердженого Наказом Міністерства фінансів України від 9 грудня 2011 року (далі – Порядок обліку платників податків і зборів)⁶. Для осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, ця довідка є альтернативою виписки/витягу з ЄДР та є підтвердженням їх особливого податкового статусу.

Така довідка є дуже важливою для провадження у справі про неплатоспроможність боржника, оскільки особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, може перебувати на обліку не лише за місцем свого постійного проживання. До прикладу, пункт 6.8 Порядку обліку платників податків і зборів прямо передбачає таку можливість для нотаріусів: якщо робоче місце нотаріуса знаходиться на території іншої адміністративно-територіальної одиниці, ніж місце його постійного проживання, то нотаріус повинен стати на облік за неосновним місцем обліку в контролюючому органі за місцезнаходженням свого робочого місця⁷.

В свою чергу ч. 1 ст. 8 КУЗПБ визначає, що справи про банкрутство розглядаються господарськими судами за місцезнаходженням боржника - юридичної особи, фізичної особи або фізичної особи-підприємця⁸. М.В. Лукашук в такому визначенні територіальної юрисдикції (підсудності) вбачає можливість зловживання підсудністю з боку боржника, оскільки місцезнаходження може фактично відрізнитись від місця реєстрації (прописки)⁹.

¹ Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.

² Там само.

³ Радзивілюк В. В. Концептуальні зміни цільової спрямованості новітнього законодавства про банкрутство. *Право України*. 2019. № 8. С. 112—113.

⁴ Там само. С. 116.

⁵ Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.

⁶ Про затвердження Порядку обліку платників податків і зборів : Наказ Міністерства фінансів України від 09.12.2011 р. № 1588. Офіційний вісник України. 2012. № 1. Ст. 39.

⁷ Там само.

⁸ Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.

⁹ Лукашук М.В. Правове регулювання банкрутства фізичних осіб на підставі Кодексу України з процедур банкрутства. *Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства. Збірка наукових статей*. Київ. Алерта, 2019. С. 180. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (дата звернення: 14.12.2020).

Отже, інформація з довідки про взяття на облік платника податків буде належним підтвердженням місця, де особа здійснює свою незалежну професійну діяльність. Подання такої довідки допоможе уникнути ризиків маніпуляції підсудністю та полегшить роботу арбітражному керуючому в процесі реструктуризації боргів.

Також незалежна професійна діяльність визначає зміст плану реструктуризації боргів боржника. Відповідно до п. 5 ч. 3 ст. 124 КУЗПБ план реструктуризації боргів боржника може містити положення про: інші заходи, спрямовані на покращення майнового стану боржника та задоволення вимог кредиторів (перекваліфікація, працевлаштування тощо)¹⁰. Проте говорити про перекваліфікацію особи, яка здійснює незалежну професійну діяльність, дещо складно. Вона не може так просто, як фізична особа-підприємець, змінити або додати собі в перелік видів діяльності новий КВЕД.

Деякі особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, обмежені своїм профільним законодавством у виборі іншої діяльності для працевлаштування чи перекваліфікації. Наприклад, відповідно до Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» приватний виконавець – особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, під час здійснення такої діяльності не може займатися іншою оплачуваною (крім викладацької, наукової і творчої діяльності, діяльності арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора), інструкторської та суддівської практики із спорту та роботи в органах Асоціації приватних виконавців України) або підприємницькою діяльністю¹¹. Схоже обмеження міститься і в Законі України «Про нотаріат». Згідно з ст. 3 цього Закону нотаріус не може займатися підприємницькою, адвокатською діяльністю, бути засновником адвокатських об'єднань, перебувати на державній службі або службі в органах місцевого самоврядування, у штаті інших юридичних осіб, а також виконувати іншу оплачувану роботу, крім викладацької, наукової і творчої діяльності, а також діяльності у професійному самоврядуванні нотаріусів¹².

В цьому випадку варто провести аналогію з боржниками, які зайняті в сільському господарстві. Відповідно до ч. 1 ст. 136 КУЗПБ у разі відкриття провадження у справі про неплатоспроможність стосовно боржника, який зайнятий у сільському господарстві, план реструктуризації боргів розробляється з урахуванням особливостей ведення такої діяльності – сезонності сільськогосподарського виробництва та його залежності від природно-кліматичних умов, а також можливості задоволення вимог кредиторів за рахунок доходів, які можуть бути одержані боржником від такої діяльності¹³. Так має бути і з боржниками, які здійснюють незалежну професійну діяльність. План реструктуризації боргів такого боржника має враховувати особливості ведення незалежної професійної діяльності, а також можливості задоволення вимог кредиторів за рахунок доходів, які можуть бути одержані від здійснення незалежної професійної діяльності.

Серед проблем, з якими може стикнутися особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, є також проблема продовження накопичення податкових боргів у провадженні про неплатоспроможність. Стаття 121 КУЗПБ передбачає, що протягом дії мораторію на задоволення вимог кредиторів: зупиняється виконання боржником грошових зобов'язань, у тому числі зобов'язань щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), термін виконання яких настав до відкриття провадження у справі про неплатоспроможність¹⁴. Проте на відміну від фінансових санкцій, неустойки, штрафів та пені, єдиний соціальний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, податки і збори (обов'язкові платежі) продовжуватимуть нараховуватися фізичним особам-підприємцям та особам, які здійснюють незалежну професійну діяльність, якщо вони не припинили свою діяльність. Як правильно зазначають Р.Б. Прилуцький та М.П. Саржинська у зв'язку із проведенням процедури банкрутства державна реєстрація фізичної особи як підприємця не скасовується¹⁵. Відкриття провадження у справі про неплатоспроможність також не припиняє діяльності осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність.

Більше того, особам, які здійснюють незалежну професійну діяльність, продовжать нараховуватися регулярні внески на утримання органів професійного самоврядування. І питання чи нараховувати їх чи надати такій особі розстрочку може вирішуватися тільки таким органом.

Коментуючи питання нарахування та сплати податків у ліквідаційній процедурі І.С. Ніколаєв зазначає, що норми щодо сплати податків навіть не прописувалися у КУЗПБ, так як унесення змін до податкового за-

¹⁰ Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.

¹¹ Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1403-VIII. Відомості Верховної ради України. 2016. № 29. Ст. 535.

¹² Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. Відомості Верховної ради України. 1993. № 39. Ст. 383.

¹³ Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Прилуцький Р.Б., Саржинська М.П. Банкрутство фізичної особи – підприємця. *Юридична наука*. 2012. № 6. С. 55.

конодавства можливе лише шляхом прийняття окремого закону¹. Звісно внесення змін до КУзПБ про припинення нарахування нової податкової заборгованості по сплаті податків та єдиного соціального внеску таким боржникам, після відкриття провадження про неплатоспроможність, теж немає сенсу без відповідних змін в податковому законодавстві. Оскільки будь-які питання щодо оподаткування регулюються Податковим кодексом України і не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів, що містять виключно положення щодо внесення змін до цього кодексу та/або положення, які встановлюють відповідальність за порушення норм податкового законодавства². А порядок нарахування, обчислення та сплати єдиного внеску може визначатися лише відповідним законом.

Тому для вирішення цієї проблеми спочатку слід внести зміни в податкове законодавство, надавши можливість не накопичувати все нові та нові борги боржникам в справах про їх неплатоспроможність.

Погоджуємося з думкою В. В. Радзивілюк про те, що «диференційований підхід до суб'єктів, які мають особливий правовий статус, особливості сфери та виду діяльності, що ними здійснюється, тощо, вимагає дотримуватися при унормуванні відносин, пов'язаних із їхньою неплатоспроможністю, специфічних правил. Наявність таких правил, закріплених законодавством про банкрутство, допомагає збереженню балансу інтересів сторін, оскільки загальні провила, внаслідок особливостей цих боржників, не здатні повною мірою забезпечити права та інтереси не тільки кредиторів та боржника, а й суспільства загалом»³. Особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, якраз і є тими суб'єктами, які мають особливий правовий статус, в силу специфіки своєї діяльності, та потребують специфічних правил.

Висновки. Особливості незалежної професійної діяльності зумовлюють необхідність визначення в КУзПБ окремих спеціальних норм щодо осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, у провадженнях в справах про неплатоспроможність. Пропонуємо наступні доповнення до КУзПБ, які дозволять врегулювати правовий статус зазначених осіб як боржників на законодавчому рівні:

1) доповнити визначення боржника в ст. 1 КУзПБ виклавши його в такій редакції: «боржник – юридична особа або фізична особа, у тому числі фізична особа-підприємець або особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, неспроможна виконати свої грошові зобов'язання, строк виконання яких настав»;

2) доповнити статті книги четвертої кодексу, де йде мова про боржника – фізичну особу, фізичну особу-підприємця додавши слова «особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність»;

3) доповнити Розділ VI. Провадження у справах про неплатоспроможність окремих категорій фізичних осіб Книги четвертої КУзПБ окремою статтею такого змісту:

«Стаття 138. Особливості розгляду справ про неплатоспроможність осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність.

1. До заяви про відкриття провадження у справі про неплатоспроможність боржник – особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, в разі наявності, додає довідку про взяття на облік платника податків, відомості щодо якого не підлягають включенню до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань.

2. У разі відкриття провадження у справі про неплатоспроможність стосовно боржника – особи, яка здійснює незалежну професійну діяльність, план реструктуризації боргів розробляється з урахуванням особливостей та законодавчих обмежень ведення такої діяльності, а також можливості задоволення вимог кредиторів за рахунок доходів, які можуть бути одержані боржником від здійснення незалежної професійної діяльності.»

Варто зазначити, що досліджувані питання, які виникають в рамках процедури банкрутства осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, не є вичерпними, тому запропоновані варіанти їхнього вирішення залишаються відкритими для наукової дискусії та подальших наукових досліджень.

Анотація.

Досліджено законодавчі передумови для процедури банкрутства осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність. Визначено особливості процедури неплатоспроможності осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність. Автором наводяться аргументи щодо необхідності введення у чинне законодавство норм, які допоможуть врегулювати правовий статус зазначених осіб як боржників у провадженнях в справах про неплатоспроможність. Надані пропозиції для доповнення Кодексу України з процедур банкрутства.

¹ Ніколаєв І.С. Коментар для «ЗіБ» Надія без результату. Ліквідатори продовжують балансувати на межі злочину за несплату податків. Закон і Бізнес. №9(1411). 15.03.2019. URL: https://zib.com.ua/ua/print/136728-likvidatori_prodozhzuyut_balansuvati_na_mezhi_zlochynu_za_nesplatu_podatkov (дата звернення: 14.12.2020).

² Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13-14. № 15-16. № 17. Ст. 112.

³ Радзивілюк В. В. Концептуальні зміни цільової спрямованості новітнього законодавства про банкрутство. *Право України*. 2019. № 8. С. 115.

Abstract.

The aim of this article is to study the insolvency and bankruptcy procedures for individuals engaged in independent professional activities. Author chronologically analyzed the bankruptcy legislation of Ukraine at different stages of its development. The author substantiates the need to add rules that will help regulate the legal status of these individuals as debtors in insolvency proceedings in current legislation. As a result of this research, proposals were made to supplement the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine with relevant article.

References:

1. Рибка І.Є. Становлення та розвиток законодавства про визнання фізичної особи неплатоспроможною в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. № 36(1). С. 128–133.
2. Загоруй Л. М. Банкрутство фізичної особи - не підприємця. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2020. №1. С. 204—212. DOI: <https://doi.org/10.33766/2524-0323.89.204-212>.
3. Бірюков О.М. Банкрутство громадян: за і проти. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 11. С. 60–65.
4. Про банкрутство : Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 31. Ст. 440.
5. Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство» : Закон України від 30.06.1999 р. № 784-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 42-43. Ст. 378.
6. Бутирська І. А. Правовий статус учасників справи про банкрутство: монографія. Чернівці. Технодрук, 2017. 184 с.
7. Про внесення змін до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» : Закон України від 22.12.2011 р. № 4212-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 32-33. Ст. 413.
8. Бутирська І.А. Правове становище боржника у справі про банкрутство. *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство*. 2013. № 682. С. 65–69.
9. Худенко М.В. Незалежна професійна діяльність: господарсько-правова природа. *Економіка та право*. 2019. № 2 (53). С. 95—102. DOI: <https://doi.org/10.15407/econlaw.2019.02.095>
10. Білоусов С.М. Банкрутство як спосіб консолідації та впорядкування активів і пасивів суб'єкту некомерційної господарської діяльності. *Економіка. Фінанси. Право*. 2017. № 12(1). С. 16—20.
11. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 19. Ст. 74.
12. Радзивілюк В. В. Концептуальні зміни цільової спрямованості новітнього законодавства про банкрутство. *Право України*. 2019. № 8. С. 107—119. DOI: <https://doi.org/10.33498/loiu-2019-08-107>
13. Про затвердження Порядку обліку платників податків і зборів : Наказ Міністерства фінансів України від 09.12.2011 р. № 1588. Офіційний вісник України. 2012. № 1. Ст. 39.
14. Лукашук М.В. Правове регулювання банкрутства фізичних осіб на підставі Кодексу України з процедур банкрутства. *Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства. Збірка наукових статей*. Київ. Алерта, 2019. С. 174—181. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (дата звернення: 14.12.2020).
15. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1403-VIII. Відомості Верховної ради України. 2016. № 29. Ст. 535.
16. Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. Відомості Верховної ради України. 1993. № 39. Ст. 383.
17. Прилуцький Р.Б., Саржинська М.П. Банкрутство фізичної особи – підприємця. *Юридична наука*. 2012. № 6. С. 53—58.
18. Ніколаєв І.С. Коментар для «ЗіБ» Надія без результату. Ліквідатори продовжують балансувати на межі злочину за несплату податків. *Закон і Бізнес*. №9(1411). 15.03.2019. URL: https://zib.com.ua/ua/print/136728-likvidatori_prodivzhuyut_balansuvati_na_mezhi_zlochynu_za_ne.html (дата звернення: 14.12.2020).
19. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13-14. № 15-16. № 17. Ст. 112.

Khudenko Maryna,

PhD Student, State Organization "V. Mamutov Institute of Economic and Legal Research of NAS of Ukraine", member of Civil Law Committee at the Bar Council of Kyiv Region,
ORCID ID 0000-0002-7275-3744

Family legal relations in the mechanism of legal regulation of family relations

Сімейні правовідносини в механізмі правового регулювання сімейних відносин

Cherneha Vitalii

Keywords:

family legal relations, family rights, family legal obligations, subjective family rights and obligations, the mechanism of legal regulation of family relations.

Ключові слова:

сімейні правовідносини, сімейні права, сімейні юридичні обов'язки, суб'єктивні сімейні права та обов'язки, механізм правового регулювання сімейних відносин.

Постановка проблеми. Одним із елементів механізму правового регулювання сімейних відносин є сімейні права та обов'язки (сімейні правовідносини). Проте сучасна юридична бібліотека донині потребує доробків, спрямованих на розвиток теорії сімейних правовідносин. Адже саме в сімейних правовідносинах індивідуалізуються положення певної норми сімейного права, конкретизуються сімейні права й обов'язки певних суб'єктів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Із набранням чинності Сімейного кодексу України сімейні правовідносини переважно фрагментарно розглядаються в правовій доктрині, а також побіжно висвітлюються в навчальній літературі. Серед учених-сучасників, які прагнуть окреслити сутність сімейних правовідносин, можна, насамперед, згадати: Т. В. Боднар, В. А. Ватраса, М. М. Дякович, О. І. Харитонову, С. І. Шимон та ін. Фундаментальні здобутки в цьому питанні також містяться в науковій спадщині: Є. М. Ворожейкіна, І. В. Жилінкової, О. О. Красавчикова, Г. К. Матвєєва, О. В. Рясенцева, Я. М. Шевченко та ін.

Постановка завдання. Метою статті є визначення поняття та ознак сімейних правовідносин, а також розкриття значення таких правовідносин у механізмі правового регулювання сімейних відносин.

Виклад основного матеріалу. Для того, щоб розкрити значення сімейних правовідносин у механізмі правового регулювання сімейних відносин необхідно визначити: а) поняття таких правовідносин; б) притаманні їм ознаки.

Теорію сімейних правових відносин розробив Є. М. Ворожейкін, висвітливши її в докторській дисертації. Згаданий вчений стверджував, що сімейні правовідносини є самостійним галузевим різновидом правовідносин, здійснення якого надається специфікою сімейних відносин, як предмета цих правових відносин, наявністю розвинутої галузі шлюбно-сімейного законодавства, специфікою мети і завдань правового регулювання відносин шлюбу та сім'ї.¹ У результаті дослідження правник дійшов висновку, що варто підтримати концепцію, згідно із якою правовідносини являють собою врегульовані нормами права суспільні відносини, екстраполюючи її на сферу сімейних правовідносин.²

Надто широким за змістом видається визначення сутності сімейних правовідносин О. О. Красавчикова. На думку цього вченого, зазначена категорія є особливими сімейними зв'язками, які істотно відрізняються від інших особистих немайнових та майнових відносин, що врегульовані правом.³

У сучасній літературі також немає єдності думок до розуміння сутності сімейних правовідносин. Так, О. І. Харитонова сімейні правовідносини трактує як «особисті немайнові та майнові відносини, що виникають зі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, взяття дітей на виховання, встановлення опіки та піклування, і засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників».⁴

¹ Ворожейкин Е. М. Актуальные проблемы теории семейных правовых отношений в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1973. С. 6.

² Ворожейкин Е. М. Актуальные проблемы теории семейных правовых отношений в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1973. С. 7.

³ Советское гражданское право: учеб. Т. 1. 3-е изд. / под ред. О. А. Красавчикова. Москва: Юрид. лит., 1985. С. 8.

⁴ Сімейне право України: навч. посіб. / [Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, В. О. Гончаренко та ін.]; за ред. Є. О. Харитонова. Київ: Істина, 2008. С. 17.

С. І. Шимон окреслює цю категорію як «особисті немайнові та такі, що впливають з них, майнові відносини людей, які виникають на основі шлюбу та сім'ї і які регулюються нормами сімейного права».⁵

Ще в інших навчальних виданнях України поняття сімейних правовідносин визначає як: суспільні відносини, які врегульовані нормами сімейного права;⁶ відносини, що виникають зі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, взяття дітей на виховання;⁷ «врегульований нормами сімейного права зв'язок між суб'єктами сімейних відносин у процесі якого між ними виникають юридичні права та обов'язки, що охороняються державою».⁸

В. А. Ватрас пропонує визначати сімейне правовідношення як «конкретний сімейно-правовий зв'язок, який базується на шлюбі, родинності, усиновленні та інших підставах, передбачених у законі, що виникає між його суб'єктами, які наділені суб'єктивними правами і юридичними обов'язками, передбаченими нормами сімейного права».⁹

Т. В. Боднар визначає їх як «врегульовані нормами права особисті немайнові і майнові відносини, що виникають із шлюбу, сім'ї та родичівства».¹⁰

Альтернативну дефініцію «сімейні правовідносин» пропонує Д. А. Кокова. На її думку, вони являють собою «стан юридичної пов'язаності суб'єктів сімейного права, спрямований на задоволення потреб одного або декількох суб'єктів за допомогою наділення юридичними правами та обов'язками».¹¹ Суб'єкт може наділятися не юридичними правами та обов'язками, а лише сімейними правами. Тоді як обов'язки покладаються на відповідних суб'єктів.

З огляду на викладене, поняття сімейних правовідносин можна визначити як обумовлені створенням сім'ї відносини, що входять до предмета сімейно-правового регулювання, коло поименованих учасників яких визнається носіями суб'єктивних сімейних прав та обов'язків, що встановлюються актами законодавства, договорами, домовленостями, а в деяких випадках також правовими звичаями (звичаєм національної меншини, місцевим звичаєм).

Однією з проблем правничої теорії, яка стосується предмета цього дослідження, є визначення ознак, які притаманні сімейним правовідносинам. Так, Є. М. Ворожейкін, досліджуючи актуальні проблеми теорії сімейних правовідносин в СРСР, виокремив такі ознаки згаданих правовідносин: по-перше, переважно особисто-довірчий характер зв'язку між суб'єктами відповідних правовідносин; по-друге, особисті взаємовідносини становлять основу сімейних правовідносин; по-третє, тривалий характер; по-четверте, специфічний характер суб'єктів сімейних правовідносин; по-п'яте, невідчужуваність належних суб'єктам сімейних прав та обов'язків; по-шосте, безвідплатність здійснення сімейних правовідносин; по-сьоме, обов'язковість здійснення прав у сімейному правовідношенні. Згаданий представник тогочасної юридичної науки вказував, що кожному виду сімейних правових відносин притаманні також додаткові ознаки. Водночас автор докладно проаналізував окремі із перелічених ознак зазначеного виду правових відносин, доповнюючи їх новими положеннями, невідомими тогочасній радянській сімейно-правовій думці. Так, автор тривалість розглядав як рису всіх без винятку сімейних правовідносин, яка зумовлена особливостями мети і завдань сімейних правових відносин. Адже останні спроможні якнайкраще забезпечувати за умови тривалості сімейних правовідносин (виховання дітей, шлюб та ін.). Тоді як мета сімейно-правового регулювання, на думку цього вченого, відповідає також за необмеженість сімейних правових відносин строками.¹²

Окреслював їх Г. К. Матвеев, ґрунтуючись на нормах тодішнього шлюбно-сімейного законодавства. На думку цього корифея, вони: по-перше, виникають із своєрідних юридичних фактів (шлюб і родинні стосунки, материнство та батьківство, усиновлення і патронат), а не зі звичайних юридичних фактів, які

⁵ Сімейне право України (історія, традиції, сучасність): навч. посіб. [Б. І. Андрусишин, С. І. Шимон, Л. С. Дубчак та ін.]; за ред. Б. І. Андрусишина, С. І. Шимон. Київ: НПУ імені М. П. Драгоманова, 2013. С. 80.

⁶ Сімейне право України: підруч. для студ. юрид. вузів і ф-тів / Т. О. Ариванюк [та ін.]; ред. В. С. Гопанчук. Київ: Істина, 2002. С. 54; Кобзєва Т. А., Шапіро В. С. Сімейне право України: навч. посіб. Суми: Сумський державний університет, 2015. С. 18; Дякович М. М. Сімейне право: навч. посіб. Київ: Правова єдність, 2009. С. 27.

⁷ Батечко А. І. Комплекс навчально-методичного забезпечення навчальної дисципліни «Сімейне право». Маріуполь: Маріупольський державний університет, 2017. С. 51. URL: moodle.mdu.in.ua/pluginfile.php/7837/course/overviewfiles/Сімейне%20право.pdf

⁸ Сімейне право України: підруч. / за ред. А. О. Дутко. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2018. С. 57.

⁹ Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2008. С. 4.

¹⁰ Боднар Т. В. Розвиток сімейно-правової доктрини. Правова доктрина України: у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України; [редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.) та ін.]. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 494.

¹¹ Кокова Д. А. Содержание семейных правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2017. С. 24-25.

¹² Ворожейкин Е. М. Актуальные проблемы теории семейных правовых отношений в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1973. С. 9-10.

притаманні цивільним правовідносинам (зокрема, делікт, договір, односторонній правочин та ін.). Шлюбно-сімейні правовідносини є зазвичай тривалими і пов'язують між собою близьких (подружжя, батьків і дітей, інших родичів тощо), а не сторонніх (як у сфері права цивільного) людей; по-друге, є переважно особисто-правовими (укладення і розірвання шлюбу, статус подружжя, батьків і дітей, права і обов'язки батьків щодо виховання дітей), а вже потім майновими (спільне і роздільне майно), тоді як у цивільному праві навпаки – особисті немайнові відносини посідають незначне місце, а домінують майнові; по-третє, зазвичай є невідчужуваними, «позаоборотними», тоді як інакше з більшістю цивільних прав і обов'язків (речових, зобов'язальних).¹ Інша представниця, але сучасної київської школи цивілістики Т. В. Боднар доповнює наведений перелік рис сімейних правовідносин – наявністю у сімейному праві значної кількості публічно-правових норм, а це є ще одним із вагомих аргументів на користь визнання сімейного права самостійною галуззю національного права.²

На думку В. А. Ватраса, сімейні правовідносини мають дванадцять рис: специфічний суб'єктний склад, якому притаманні стабільність і стійкість; особистий характер відносин між їх суб'єктами; невідчужуваність сімейних прав та обов'язків; родинність; безоплатність; тривалий характер та невизначеність часових меж (здебільшого); специфічні юридичні факти; специфічність санкцій; поєднання принципів диспозитивності та імперативності; наявність спеціального кодифікованого акта; наявність процесуальних особливостей провадження під час розгляду сімейних спорів; особливий зв'язок із нормами моралі.³ Віднесення передостанньої ознаки для характеристики сімейних правовідносин не видається доцільним, оскільки йдеться про матеріальне (сімейне) право, а не про цивільні процесуальні правовідносини.

В одному із навчальних видань до ознак сімейних правовідносин віднесено: по-перше, специфічний суб'єктний склад; по-друге, тривалий характер; по-третє, невідчужуваність прав та обов'язків; по-четверте, можливість суб'єктів сімейних правовідносин бути учасниками відразу декількох сімейних правовідносин.⁴ Схожі характеристики сімейних правовідносин називаються в підручнику, підготовленому представниками харківської юридичної школи, зокрема: по-перше, спеціальний суб'єктний склад; по-друге, своєрідність юридичних фактів, які породжують сімейні правовідносини (шлюб, спорідненість, материнство, батьківство тощо); по-третє, тривалість існування; по-четверте, індивідуалізація учасників і неможливість передання прав та обов'язків іншим особам; по-п'яте, особисто-довірчий характер.⁵

Тоді як, на думку деяких представників українських наукових юридичних шкіл, оскільки сімейне право не є самостійною галуззю права, тому сімейні правовідносини характеризуються тими самими ознаками, що і цивільні. Приміром, О. І. Харитонова стверджує, що сімейні правовідносини як різновид цивільних правовідносин мають такі властивості: по-перше, їх учасники стосовно один одного є юридично рівними суб'єктами; по-друге, їх предметом є відносини, що виникають з приводу матеріальних і нематеріальних благ; по-третє, метод правового регулювання ґрунтується на засадах ініціативи і диспозитивності норм; по-четверте, їхнім змістом є сукупність цивільних прав та обов'язків, які мають їхні учасники; по-п'яте, захист цивільних прав і спонукання до виконання юридичних обов'язків здійснюється за допомогою специфічних заходів впливу і зазвичай у судовому порядку.⁶

Р. А. Майданик, розмірковуючи про сімейне право як складову галузі цивільного права, зауважує, що воно «може розглядатися як спеціальне приватноправове утворення, на яке поширюються норми та інститути цивільного права з урахуванням особливостей, передбачених положеннями сімейного права».⁷

Інакшу позицію обіймає Л. В. Красицька, яка досліджуючи кореляцію цивільного і сімейного права, справедливо констатує, що останнє, за її виразним висловом, «відпочкувалось» від права цивільного, як свого часу відбулося із правом трудовим. Тому, за цієї висновками цієї вченої, нині «інструментарій цивільного права як права приватного використовується, навіть і в публічно-правових утвореннях, проте від цього вони не стають галузями цивільного права».⁸

¹ Матвеев Г. К. Советское семейное право: учеб. Москва: Юридическая литература, 1985. С. 34-35.

² Боднар Т. В. Розвиток сімейно-правової доктрини. *Правова доктрина України: у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України; [редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.) та ін.]*. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 494.

³ Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2008. С. 7-8.

⁴ Сімейне право України: підруч. для студ. юрид. вузів і ф-тів / Т. О. Ариванюк [та ін.]; ред. В. С. Гопанчук. Київ: Істина, 2002. С. 27.

⁵ Сімейне право України: підруч. / Л. М. Баранова [та ін.]; заг. ред. В. І. Борисова, І. В. Жилінкова. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 34.

⁶ Сімейне право України: навч. посіб. / [Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, В. О. Гончаренко та ін.]; за ред. Є. О. Харитонова. Київ: Істина, 2008. С. 17.

⁷ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. Київ: Алерта, 2016. С. 51.

⁸ Красицька Л. В. Співвідношення сімейного та цивільного права. Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від Дня народження академіка Ярославни Миколаївни Шевченко) / за заг. ред. Р. О. Стефанчука. Київ: АртЕк, 2017. С. 184.

У сімейно-правовій доктрині деяких зарубіжних країн також відомі спроби розкрити ознаки сімейних правовідносин. Наприклад, Д. А. Кокова в роботі «Зміст сімейних правовідносин» визначає низку рис цього виду правових відносин. По-перше, тривалість у часі, оскільки таке правовідношення не є одномоментним, а існує протягом тривалого часу. При цьому тривалість у часі сімейних правовідносин, за висновками авторки, зазвичай налічує кілька років (перебування у шлюбі, батьківські правовідносини, аліментні правовідносини тощо). По-друге, це правовідношення є зв'язком між людьми, що має юридично значимий характер. По-третє, користь існування зв'язку з іншими суб'єктами полягає у набутті права вимоги визначеної поведінки від зобов'язаного суб'єкта. По-четверте, призначенням сімейного правовідношення, як стверджує згадана вище правознавиця, є задоволення визначених потреб суб'єкта, при чому не лише учасника правовідношення, але й іншої особи (призначення шлюбного правовідношення – задоволення майнових потреб подружжя, забезпечення майнових гарантій вагітній дружині та потенційним дітям). Вчена також зазначає, що призначенням батьківського правовідношення є забезпечення дитині можливості проживати та виховуватися у сім'ї, утримання, освіти та подібне, а також забезпечення батькам потенційної можливості отримувати засоби на утримання від працездатних дітей.⁹

Отже, сімейні правовідносини характеризуються такими ознаками: а) види регульованих відносин визначаються предметом сімейно-правового регулювання, кожен із яких має також власну специфіку; б) такі правовідносини пов'язано зі створенням сім'ї, яка виникає на підставі: шлюбу; кровного споріднення; удочеріння; усиновлення; проживання жінки та чоловіка однією сім'єю без реєстрації шлюбу; опіки та піклування над дітьми; патронату над дітьми; дитячого будинку сімейного типу; фактичного прийняття дитини на виховання; в) сімейні права та обов'язки виникають із актів законодавства, договорів, домовленостей, а в деяких випадках також із звичаїв (звичаєв національної меншини, місцевого звичаю), що є правозгідними (такими, що не суперечать сімейному законодавству та моральним засадам суспільства); г) афілійованість (пов'язаність) їхніх суб'єктів, коло яких на законодавчому рівні є прямо закріпленим; ґ) кожен суб'єкт має один (наприклад, дружини), два (приміром, чоловіка і батька) або кілька (приміром: дружини, матері, рідної сестри, бабусі) сімейно-правових статусів; д) учасники таких правовідносин диференційовані за віковим критерієм (особи, що не досягли повноліття (діти: малолітні, неповнолітні) і повнолітні члени сім'ї); е) переважні права має лише встановлене сімейним законодавством коло осіб; є) об'єктами таких правовідносин є особисті немайнові блага, дії та майно; ж) невідчужуваність сімейних прав та обов'язків; з) такі правовідносини є зазвичай тривалими; и) їхні учасники є носіями суб'єктивних сімейних прав та обов'язків.

Значення сімейних правовідносин у механізмі правового регулювання сімейних відносин визначається тими функціями, що вони виконують. Зазначений вид правових відносин трансформує веління джерел сімейного права в площину суб'єктивних сімейних прав і обов'язків. Отже, сімейні правовідносини виконують такі функції: по-перше, визначають конкретне коло суб'єктів сімейних відносин, на яке в поточний момент поширюється дія норм сімейного права (сімейно-правових договорів та домовленостей, правових звичаїв); по-друге, закріплюють конкретну поведінку суб'єктів сімейних правовідносин; по-третє, є умовою для можливого приведення у дію сімейно-правових засобів задля забезпечення суб'єктивних сімейних прав та обов'язків.

Висновки. Сімейні правовідносини являють собою обумовлені створенням сім'ї відносини, що входять до предмета сімейно-правового регулювання, коло поименованих учасників яких визнається носіями суб'єктивних сімейних прав та обов'язків, що встановлюються актами законодавства, договорами, домовленостями, а в деяких випадках також правовими звичаями (звичаєм національної меншини, місцевим звичаєм).

Сімейним правовідносинам притаманні такі ознаки: а) види регульованих відносин визначаються предметом сімейно-правового регулювання, кожен із яких має також власну специфіку; б) такі правовідносини пов'язано зі створенням сім'ї, яка виникає на підставі: шлюбу; кровного споріднення; удочеріння; усиновлення; проживання жінки та чоловіка однією сім'єю без реєстрації шлюбу; опіки та піклування над дітьми; патронату над дітьми; дитячого будинку сімейного типу; фактичного прийняття дитини на виховання; в) сімейні права та обов'язки виникають із актів законодавства, договорів, домовленостей, а в деяких випадках також із звичаїв (звичаєв національної меншини, місцевого звичаю), що є правозгідними (такими, що не суперечать сімейному законодавству та моральним засадам суспільства); г) афілійованість (пов'язаність) їхніх суб'єктів, коло яких на законодавчому рівні є прямо закріпленим; ґ) кожен суб'єкт має один (наприклад, дружини), два (приміром, чоловіка і батька) або кілька (приміром: дружини, матері, рідної сестри, бабусі) сімейно-правових статусів; д) учасники таких правовідносин диференційовані за віковим критерієм (особи, що не досягли повноліття (діти: малолітні, неповнолітні) і повнолітні члени сім'ї); е) переважні права має лише встановлене сімейним законодавством коло осіб; є) об'єктами таких правовідносин є особисті немайнові блага, дії та майно; ж) невідчужуваність сімейних прав та обов'язків; з) такі правовідносини є зазвичай тривалими; и) їхні учасники є носіями суб'єктивних сімейних прав та обов'язків.

⁹ Кокова Д. А. Содержание семейных правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2017. С. 24.

Значення сімейних правовідносин полягає в такому: а) визначають конкретне коло суб'єктів сімейних відносин, на яке в поточний момент поширюється дія норм сімейного права (сімейно-правових договорів та домовленостей, правових звичаїв); б) закріплюють конкретну поведінку суб'єктів сімейних правовідносин; в) є умовою для можливого приведення у дію сімейно-правових засобів задля забезпечення суб'єктивних сімейних прав та обов'язків.

Анотація.

Стаття присвячена сімейним правовідносинам. Сформульовано авторське трактування поняття сімейних правовідносин. Визначаються ознаки сімейних правовідносин. Розкривається значення сімейних правовідносин у механізмі правового регулювання сімейних відносин.

Summary.

The article is devoted to family legal relations. The author's interpretation of the concept of family legal relations is formulated. Signs of family legal relations are determined. The significance of family legal relations in the mechanism of legal regulation of family relations is revealed.

References:

1. Батечко А. І. Комплекс навчально-методичного забезпечення навчальної дисципліни «Сімейне право». Маріуполь: Маріупольський державний університет, 2017. 121 с. URL: moodle.mdu.in.ua/pluginfile.php/7837/course/overviewfiles/Сімейне%20право.pdf
2. Боднар Т. В. Розвиток сімейно-правової доктрини. *Правова доктрина України: у 5 т.* / Нац. акад. прав. наук України; [редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.) та ін.]. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. Харків: Право, 2013. С. 488-501.
3. Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2008. 18 с.
4. Ворожейкин Е. М. Актуальные проблемы теории семейных правовых отношений в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1973. 34 с.
5. Дякович М. М. Сімейне право: навч. посіб. Київ: Правова єдність, 2009. 512 с.
6. Кобзєва Т. А., Шапіро В. С. Сімейне право України: навч. посіб. Суми: Сумський державний університет, 2015. 90 с.
7. Кокова Д. А. Содержание семейных правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2017. 214 с.
8. Красицька Л. В. Співвідношення сімейного та цивільного права. *Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від Дня народження академіка Ярослави Миколаївни Шевченко)* / за заг. ред. Р. О. Стефанчука. Київ: АртЕк, 2017. С. 176-186.
9. Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. Київ: Алерта, 2016. 226 с.
10. Матвеев Г. К. Советское семейное право: учеб. Москва: Юридическая литература, 1985. 208 с.
11. Сімейне право України (історія, традиції, сучасність): навч. посіб. [Б. І. Андрусишин, С. І. Шимон, Л. С. Дубчак та ін.]; за ред. Б. І. Андрусишина, С. І. Шимон. Київ: НПУ імені М. П. Драгоманова, 2013. 454 с.
12. Сімейне право України: навч. посіб. / [Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, В. О. Гончаренко та ін.]; за ред. Є. О. Харитонova. Київ: Істина, 2008. 200 с.
13. Сімейне право України: підруч. для студ. юрид. вузів і ф-тів / Т. О. Ариванюк [та ін.]; ред. В. С. Гопанчук. Київ: Істина, 2002. 304 с.
14. Сімейне право України: підруч. / за ред. А. О. Дутко. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2018. 480 с.
15. Сімейне право України: підруч. / Л. М. Баранова [та ін.]; заг. ред. В. І. Борисова, І. В. Жилінкова. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 200 с.
16. Советское гражданское право: учеб. Т. 1. 3-е изд. / под ред. О. А. Красавчикова. Москва: Юрид. лит., 1985. 544 с.

Cherneha Vitalii

*Candidate of Science of Law, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Business Law and Corporate Law
State Higher Education Institution «Kyiv National Economic University
named after Vadym Hetman», Kyiv, Ukraine*

Concepts and elements of administrative and legal status of jurors in Ukraine

Поняття та елементи адміністративно-правового статусу присяжних в Україні

Chesak Victoria

Key words:

court; jury; legal status; procedural laws; volume of powers; jury trial.

Ключові слова:

суд; присяжний; правовий статус; процесуальні права; обсяг повноважень; суд присяжних.

Постановка проблеми. Основний Закон України створив правові підстави для запровадження в Україні суду присяжних, доцільність та оптимальна модель якого відразу стали та й досі залишаються предметом широкої наукової дискусії.

Запровадження такого нового правового інституту як суд присяжних обумовлено необхідністю забезпечення соціальної стабільності. Фактично він представляє собою представницький орган суспільства у сфері правосуддя і відіграє важливу роль у формуванні громадянського суспільства.

Слово «присяжні» говорить про те, що ці люди дають присягу з приводу того, що виноситимуть рішення щодо вчиненого правопорушення об'єктивно і справедливо. Це все ж таки накладає відповідальність на присяжних у кожному судовому процесі (передусім перед їх власною совістю) судити відповідно до закону. В нашій судовій системі суддя один раз на життя дає обіцянку дотримуватись закону при винесенні рішення чи ухвали. При цьому, присяжний є серйозним контролером діяльності професійного судді при розгляді кримінального та цивільного провадження.

Становлення в Україні громадянського суспільства та розбудова правової держави безпосередньо пов'язані із реформуванням національної правової системи в цілому та окремих правових інститутів. Це потребує наукового аналізу низки проблем, серед яких значне місце займає і питання адміністративно-правового статусу присяжних.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти проблеми адміністративно-правового статусу розкривали у своїх працях вчені-юристи О.В. Агєєв, Ю.П. Аленін, І.Л. Бородін, В.М. Бевзенко, В.В. Галунько, В. Гайворонська, В.В. Городовенко, В.В. Кравчук, І.С. Ковальчук, В.Т. Маляренко, В.М. Мартиненко, С.Г. Новіков, П.П. Попович, І.О. Русанова, М.І. Сірий, Л.В. Тацій, В.І. Теремецький, В.М. Тертишник, В.І. Шишкіна, М.К. Якимчук та ін.

Проте, вони досліджували окремі правові інститути, а тому комплексне дослідження адміністративно-правового статусу присяжних потребує більш ґрунтовного дослідження в юридичній літературі.

Метою статті є вирішення проблемних питань адміністративно-правового статусу присяжних за законодавством України.

Виклад основного матеріалу. Спершу ніж перейти безпосередньо до розгляду адміністративно-правового статусу присяжного, вважаємо за необхідне визначити, що взагалі розуміють під поняттям «правовий статус особи».

Проаналізувавши поняття правового статусу, слід зазначити, що термін «статус» походить від латинського «status» і означає стан, положення, позицію у будь-якій структурі, системі¹. У великому енциклопедичному словнику правовий статус визначено як «встановлене нормами права становище його суб'єктів, сукупність їх прав і обов'язків»².

Поняття статусу – це певний стан учасника суспільних відносин, що врегульований відповідними нормами права та характеризується наявністю у нього комплексу юридичних прав і обов'язків це є правовий статус суб'єкта. Саме права, обов'язки та свободи, у сукупності утворюють правовий статус³, який, у свою

¹ Социологический энциклопедический словарь. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА ИНФРА). 2000. – С. 488.

² Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією академії НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ, видавництво «Юридична думка», Т. 5. – 2003. – С. 992.

³ Проблемы общей теории права и государства: [учебн. для вузов] / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянса. – М.: Норма. – 2004. – С. 832.

чергу, відображає особливості соціальної структури суспільства, рівень демократії та стан законності. Правовий статус визначає стандарти можливої та необхідної поведінки, що забезпечують нормальну життєдіяльність соціального середовища¹. Він також представляє собою специфічний індикатор, який відображає реальний стан взаємодії держави з іншими суб'єктами права.

На наш погляд, правовий статус є специфічною якісною характеристикою (властивістю), яка визначає положення (становище) суб'єкта у тій чи іншій системі суспільних відносин (економічних, соціальних, політичних, міжнародних, правових та ін.) через правове (юридичне) встановлення його прав та обов'язків, закріплення в судочинстві гарантій забезпечення прав та виконання обов'язків та відповідальність суб'єкта. Більшість вчених зазначають, що структуру правового статусу складають такі найбільш важливі елементи: права; обов'язки, гарантії та відповідальність. Також низка вчених виділяє такий елемент як правосу́б'єктність людини.

Зауважимо, що встановлення правосуб'єктності людини при наданні їй статусу присяжного, на наш погляд, повинно відігравати надзвичайно важливе значення в інституті присяжних. Однак правосуб'єктність не є елементом правового статусу, оскільки встановлення всіх ознак правосуб'єктності (правоздатність, дієздатність і деліктоздатність)² має передувати набуттю громадянином статусу присяжного та перевірятися до відбору присяжного в суді.

При дослідженні поняття правового статусу особи варто зазначити, що кожен громадянин наділений не тільки загальним правовим статусом, але також має можливість стати носієм комплексу спеціальних прав та обов'язків, що передбачає набуття громадянином спеціального адміністративно-правового статусу.

Загальний адміністративно-правовий статус громадян доповнюється, залежно від соціальної ролі індивідуального суб'єкта, спеціальними адміністративно-правовими статусами. Взагалі, в науковій літературі не вироблено єдиної точки зору щодо співвідношення загального і спеціального адміністративно-правового статусу індивідуальних суб'єктів³. Так, деякі автори вважають, що адміністративно-правовий статус громадянина є складним юридичним утворенням, яке містить в собі чотири елементи.

Перша частина прав і обов'язків є правовим статусом особи, друга – статус громадянина, третя – соціальний статус (правові статуси військовослужбовців, учнів, робочих, пенсіонерів і т. п.), четверта – особливий статус (сукупність прав і обов'язків, яких особа набуває по своєму бажанню: мисливця-любителя, водія-любителя і т. п.)⁴.

На думку О. І. Григораш, під адміністративно-правовим статусом розуміється комплекс конкретно визначених установлених законом й іншими нормативно-правовими актами сукупність суб'єктивних прав і обов'язків особи, що гарантують її участь в управлінні державними справами й задоволення публічних та особистих інтересів через діяльність державної влади й органів місцевого самоврядування⁵.

Адміністративно-правовий статус громадянина М. А. Боярцева визначає як встановлена законами та іншими нормативно-правовими актами система прав та обов'язків громадянина, які реалізуються через суспільні відносини в сфері державного управління, та забезпечуються системою юридичних гарантій на участь в управлінні державними справами і задоволенні публічних та особистих інтересів через діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування⁶.

Особливістю адміністративно-правового статусу присяжних є наявність спеціальних законів. Фундаментальним і безспірним є те, що норми Конституції України конкретизуються в законах України. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» визначає правові засади організації судової влади та здійснення правосуддя в Україні з метою захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, статус присяжного, розкриває ключові питання організації та діяльності присяжних⁷.

Слід зазначити, що закон регулює правосуб'єктність осіб, що бажають стати присяжним, визначає їхні права та обов'язки, механізм притягнення присяжного до відповідальності за дії, несумісні із ідеалами правосуддя.

¹ Зайчук О. В. Теорія держави і права. Академічний курс: [підруч.] / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 688.

² Пундор Ю. О. Про визначення змісту категорії «Правосу́б'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект) / Ю. О. Пундор // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 1 – С. 60-63.

³ Васильев А. С. Административное право Украины (общая часть): учебное пособие. – Х.: «Одиссей», 2001. – С. 288.

⁴ Морощко О. Зміст поняття адміністративно-правового статусу громадянина // Держава і право: збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – Випуск 11. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – С. 230-235.

⁵ Григораш О. І. Суб'єктивні права й обов'язки – елементи адміністративно-правового статусу особи // Чернівецький університет. Науковий вісник Чернівецького університету: збірник наук. праць. Вип. 273: Правознавство. – Чернівці: Рута, 2005. – С. 67-71.

⁶ Боярцева М. А. Адміністративно-правовий статус громадянина України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.07 / М. А. Боярцева. – Київ, 2005.

⁷ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

Наступною особливістю адміністративно-правового статусу присяжного є наявність спеціальних повноважень. Ще однією особливістю є особливий порядок надання цього статусу.

Таким чином, адміністративно-правовий статус присяжних є складовою загального юридичного статусу і відображає його публічне становище у суспільстві. Адміністративно-правовий статус визначається в межах: правосуб'єктності, прав та обов'язків, а також відповідальності.

Правовий статус присяжних визначається Законом України «Про судоустрій і статус суддів» та КПК України.

Статус присяжного – це спеціальний правовий статус, що дозволяє йому здійснювати функцію правосуддя. Тому під час аналізу даного питання, крім загальнотеоретичної літератури, потрібно звернутися й до спеціальних досліджень, зокрема присвячених аналізу правового статусу судді. В юридичній літературі наголошується на необхідності врахування й таких елементів правового статусу, як права та обов'язки, пов'язані з формуванням суддівського корпусу (вимоги до кандидата в судді, порядок наділення суддів суддівськими повноваженнями); прав і обов'язків суддів, спрямованих на створення умов для об'єктивного, незалежного і безстороннього здійснення ними своїх суддівських повноважень (порядок припинення та зупинення повноважень суддів, право на відставку тощо); прав і обов'язків суддів, які потрібні їм для активної участі в діяльності суддівської спільноти⁸. Інші дослідники цього питання вихідними елементами, що становлять зміст правового статусу професійного судді, визнають службові права, службові обов'язки, повноваження та правосуб'єктність судді⁹. Тому ці положення можна використати як вихідні для характеристики правового статусу присяжного.

Також слід наголосити, що участь присяжних у здійсненні судової влади є їхнім громадянським обов'язком. Причому, з одного боку, вони виступають як представники громадськості, а за характером здійснюваної ними діяльності у суді – є представниками держави, від імені якої вони діють. Тому, діяльності представників народу у суді властива низка особливостей, характерних також для професійних суддів. Процесуальне законодавство під суддею безпосередньо розуміє й присяжного. Тому чітке усвідомлення ним свого правового статусу є необхідним.

Відповідно до ст. 63 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» присяжним є особа, яка у випадках, визначених процесуальним законом, та за її згодою вирішує справи у складі суду разом із суддею або залучається до здійснення правосуддя, забезпечуючи згідно з Конституцією України безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя. Присяжні під час розгляду і вирішення справ користуються повноваженнями судді¹⁰.

Одним із елементів правового статусу присяжного є його права.

В юридичній науці є дефініції понять «права особи» та «права громадянина». Проте, присяжний – це особа, яка відповідно до п. 23 ч. 1 ст. 3 КПК України уповноважена здійснювати правосуддя та до якої висуваються певні вимоги, одна з яких є громадянство України, то відповідно права присяжного відносяться до прав громадянина.

Таким чином, права громадянина передбачають наявність громадянства, закріплюються в законодавстві України, перебувають під захистом держави, залежать від виконання обов'язків громадянина, мають чітко окреслену форму вираження і сферу реалізації тощо. Розглядаючи права присяжного, зауважимо, що беручи участь у судовому провадженні, присяжний є суб'єктом судового провадження і тому наділяється законом комплексом процесуальних прав¹¹. Беручи участь у судовому провадженні, присяжний є суб'єктом судового провадження і тому наділяється законом також комплексом процесуальних прав і обов'язків¹².

Відповідно до ч. 1 ст. 386 КПК України присяжний в ході відправлення правосуддя має право:

- 1) брати участь у дослідженні всіх відомостей та доказів у судовому засіданні;
- 2) робити нотатки під час судового засідання;
- 3) з дозволу головуючого ставити запитання обвинуваченому, потерпілому, свідкам, експертам, іншим особам, які допитуються;
- 4) просити головуючого роз'яснити норми закону, що підлягають застосуванню під час вирішення питань, юридичні терміни і поняття, зміст оголошених у судовому засіданні документів, ознаки злочину, у вчиненні якого обвинувачується особа¹³.

⁸ Качур Р. П. Особливості розподілу функцій між судом присяжних і професійними суддями [Електронний ресурс] / Р. П. Качур // Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. – 2013. – Вип. 11. – С. 202-206. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nzlubp_2013_11_53.pdf.

⁹ Добровольская С. И. Суд присяжных: актуальные проблемы организации и деятельности: дис. канд. юрид. наук: 12.00.09 / Светлана Игоревна Добровольская. – М., 1995. – С. 231.

¹⁰ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

¹¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: [науково-практичний коментар] / відп. ред. С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одисей, 2013. – С. 1104.

¹² Шувальська Л. Р. Особливості правового статусу присяжного як суб'єкта кримінального судочинства України // Наше право. – 2015. – №6. – С. 169.

¹³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI: станом на 16 січня 2020 року / База даних «Законодавство України» / ВР України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

Перелік цих прав, як зазначає А.Г. Маланюк є невичерпним, і додатково можна виділити: право заявити про наявність обставин, що виключають його участь у судовому розгляді (ч. 2 ст. 387 КПК), чи дати пояснення щодо обставин, у зв'язку з якими присяжному було заявлено відвід (ч. 3 ст. 81 КПК); право на одержання доступу до матеріалів, що містять відомості, які складають державну таємницю, у зв'язку з виконанням покладених на них обов'язків (ч. 3 ст. 517 КПК) та інші¹. Крім вказаних процесуальних прав, присяжний також має право викласти письмово окрему думку, яка не оголошується в судовому засіданні, а приєднується до матеріалів провадження і є відкритою для ознайомлення (ч. 4 ст. 391 КПК України).

Відповідно до ст. 56 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» присяжні під час розгляду і вирішення справ користуються повноваженнями судді.

Таким чином, відповідно до ст. 56 «Права та обов'язки судді» вже згаданого вище закону, в частині 1 проголошено, що права судді, пов'язані зі здійсненням правосуддя, визначаються Конституцією України, процесуальним та іншими законами. Суддя має право брати участь у суддівському самоврядуванні для вирішення питань внутрішньої діяльності суду в порядку, встановленому законом. Судді можуть утворювати об'єднання та брати участь у них з метою захисту своїх прав та інтересів, підвищення професійного рівня. У ч. 3 цієї ж статті зазначено, що суддя має право вдосконалювати свій професійний рівень та проходити з цієї метою відповідну підготовку. Чи дійсно присяжний користується вищезазначеними правами? Відповідь однозначна – ні. Чи потрібні присяжному проголошені права? Також очевидно, що ні. Що ж законодавець мав на увазі, прописуючи дану норму? Вважаємо, що йшлося про загальні положення статусу судді, які прописані в Главі 1 «Загальні положення статусу судді» Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Наступним елементом правового статусу присяжного є його процесуальні обов'язки, які визначені у ч. 2 ст. 386 КПК. Вони є однозначними і особливого роз'яснення не потребують. Він зобов'язаний:

- 1) правдиво відповісти на запитання головуєчого та учасників судового провадження щодо можливих перешкод, передбачених КПК або іншим законом, для його участі в судовому розгляді, його стосунків з особами, які беруть участь у кримінальному провадженні, що підлягає розгляду, та поінформованості про його обставини, а також на вимогу головуєчого подати необхідну інформацію про себе;
- 2) додержуватися порядку в судовому засіданні й виконувати розпорядження головуєчого;
- 3) не відлучатися із залу судового засідання під час судового розгляду;
- 4) не спілкуватися без дозволу головуєчого з особами, що не входять до складу суду, стосовно суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього;
- 5) не збирати відомості, що стосуються кримінального провадження, поза судовим засіданням;
- 6) не розголошувати відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і стали відомі присяжному у зв'язку з виконанням його обов'язків².

Слід зазначити, що наведений перелік не є вичерпним, адже законом передбачено й інші обов'язки присяжного.

Аналіз закріплених у законі обов'язків присяжних дозволяє констатувати їхнє різне функціональне призначення, оскільки одні з них спрямовані на забезпечення можливості здійснення правосуддя судом присяжних, інші – ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого вироку, створення належних умов для реалізації сторонами їх процесуальних прав і виконання покладених на них процесуальних обов'язків тощо.

Висновки. Підсумовуючи вище викладене, варто зазначити, що чітке визначення меж процесуальної діяльності присяжних, їх аргументоване тлумачення та подальше їх розповсюдження серед різних верств населення дозволить більш ефективно впроваджувати даний інститут в Україні.

Правовий статус присяжних передбачений як в КПК України, так і в законі «Про судоустрій і статус суддів». Однак в Главі 3 КПК України «Суд, підсудність і інші учасники кримінального судочинства» не передбачені норми, які б закріпили поняття присяжного. Саме тому потрібно внести зміни до чинного законодавства.

І тому, на нашу думку, доречно було б прийняти Закон України «Про суд присяжних в Україні», який би врегулював діяльність присяжних та містив в собі всі елементи правового статусу присяжного, зібраних в одному документі з відповідними удосконаленнями.

Анотація.

Стаття присвячена визначенню та аналізу структурних елементів адміністративно-правового статусу присяжних за законодавством України. Визначено поняття і складові адміністративно-правового статусу

¹ Маланюк А. Право присяжного на участь у вирішенні правових питань у кримінальному провадженні // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали XXI звітної науково-практичної конференції (12–13 лютого 2015 р.): у 2 ч. – Ч. 2. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2015. – С. 233.

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI : станом на 16 січня 2020 року / База даних «Законодавство України» / ВР України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

су присяжних, процесуальні права та обов'язки, обсяг і характер повноважень. Проаналізовано думки вчених-процесуалістів, вітчизняну та світову практику із застосування норм процесуального права щодо адміністративно-правового статусу присяжних та зроблено відповідні висновки.

Summary.

The article is devoted to the definition and analysis of structural elements of the administrative and legal status of juries under the laws of Ukraine. The concepts and components of the administrative and legal status of jurors, procedural rights and responsibilities, the scope and nature of powers are defined. The opinions of procedural scholars, domestic and world practice on the application of procedural law on the administrative and legal status of jurors are analyzed and appropriate conclusions are made.

References:

1. Социологический энциклопедический словарь. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА ИНФРА). 2000. – С. 488.
2. Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією академії НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ, видавництво «Юридична думка», Т. 5. – 2003. – С. 992.
3. Проблемы общей теории права и государства: [учебн. для вузов] / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянса. – М.: Норма. – 2004. – С. 832.
4. Зайчук О. В. Теорія держави і права. Академічний курс: [підруч.] / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 688.
5. Пундор Ю. О. Про визначення змісту категорії «Правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект) / Ю. О. Пундор // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 1 – С. 60-63.
6. Васильев А. С. Административное право Украины (общая часть): учебное пособие. – Х.: «Одиссей», 2001. – С. 288.
7. Морощко О. Зміст поняття адміністративно-правового статусу громадянина // Держава і право: збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – Випуск 11. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – С. 230-235.
8. Григораш О. І. Суб'єктивні права й обов'язки – елементи адміністративно-правового статусу особи // Чернівецький університет. Науковий вісник Чернівецького університету: збірник наук. праць. Вип. 273: Правознавство. – Чернівці: Рута, 2005. – С. 67-71.
9. Боярцева М. А. Адміністративно-правовий статус громадянина України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.07 / М. А. Боярцева. – Київ, 2005.
10. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02 червня 2016 року № 1402-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.
11. Качур Р. П. Особливості розподілу функцій між судом присяжних і професійними суддями [Електронний ресурс] / Р. П. Качур // Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. – 2013. – Вип. 11. – С. 202-206. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nzlubp_2013_11_53.pdf.
12. Добровольская С. И. Суд присяжных: актуальные проблемы организации и деятельности: дис. канд. юрид. наук: 12.00.09 / Светлана Игоревна Добровольская. – М., 1995. – С. 231.
13. Кримінальний процесуальний кодекс України: [науково-практичний коментар] / відп. ред. С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одісей, 2013. – С. 1104.
14. Шувальська Л.Р. Особливості правового статусу присяжного як суб'єкта кримінального судочинства України // Наше право. – 2015. – №6. – С. 169.
15. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI: станом на 16 січня 2020 року / База даних «Законодавство України» / ВР України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
16. Маланюк А. Право присяжного на участь у вирішенні правових питань у кримінальному провадженні // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали XXI звітної науково-практичної конференції (12–13 лютого 2015 р.): у 2 ч. – Ч. 2. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2015. – С. 233.

Chesak Victoria,

postgraduate student

Department of International Law and Comparative Law

(scientific adviser - Doctor of Law, Professor V. Ladichenko)

National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine

Evolution of the legal doctrine of neutrality

Еволюція правової доктрини нейтралітету

Shalelavshvili Shota

Keywords:

neutrality; Switzerland; armed neutrality; permanent neutrality; foreign-policy course; nonparticipation in military actions; international security; neutral state.

Ключові слова:

нейтралітет; Швейцарія; озброєний нейтралітет; постійний нейтралітет; зовнішньополітичний курс; неучасть у військових діях; міжнародна безпека; нейтральна держава.

Постановка проблеми. XXI століття диктує все нові виклики для суверенних держав щодо відстоювання власних національних інтересів. З огляду на появу нових видів конфліктів в різних регіонах світу жодна країна не може повністю говорити про свою абсолютну безпеку, при цьому виникають і нові проблеми, які не можуть бути вирішені деякими країнами самостійно, а вимагають їх спільної взаємодії з державами свого регіону. Колективна робота над зовнішніми загрозами довела свою ефективність, створення Ліги Націй, а потім і Організації Об'єднаних Націй в чому знизило і навіть запобігло рівень загроз, як і поява нових вогнищ військової активності, але і ці організації не можуть повністю забезпечити державам безпеку і мир¹.

Однією з форм підтримки світової безпеки у світі залишається політика нейтралітету. Нейтралітет є міжнародно-правовим інститутом, комплексом заходів щодо захисту держави від економічних, географічних і політичних наслідків воєн, а також від агресії експансіоністської налаштованих держав². За першим поняттям, «нейтралітет», непричетність до боротьби за життя і домінування, був тимчасовим політичним фактором, був неможливим як правовий статус. Держава не могла відмовитись від боротьби за виживання так само, як і людина. Проте, з плином часу після світових воєн, великої кількості жертв та низки економічних наслідків воєн інститут нейтралітету набував все більшої ваги.

Відтак, метою статті є дослідження в ретроспективі створення та розвитку інституту нейтралітету в міжнародному праві.

Результати дослідження. З розвитком релігії та її міцного усталення у суспільному світогляді морально-природнича теорія права була посилена і стала більш абстрактною. Думка про те, що Бог здійснює «справедливість», була занадто спрощеною, щоб вижити у світі, який керувався Біблією, а релігійне поняття «справедлива війна» стало частиною як правової, так і моральної думки.

Щоб усунути певну плутанину у сучасній літературі слід зазначити, що поняття «справедлива війна» не є правильним перекладом доренесансної латини «bellum justum». Термін «Us» на латині за часів Цицерона був пов'язаний з «правом», а не «справедливістю». Натомість термін «lex», як у «vera lex», визначав загальноєвропейські універсальні правила, що перевершують позитивне право, майже наближують цей термін до сучасного поняття «справедливості». Але прийняття англійською мовою, через канцеляристів, латинського родового слова «legis» як корінь сучасного терміну «законодавство».

Ідея дослідників природного права про те, що їх концепції «справедливості» були загальнообов'язковими як «закон», і присвоєння їм слова «jus», щоб підкреслити юридично обов'язковий ефект «lex», призвело до зворотних значень у англійському праві.

Перше вживання терміну «справедлива війна» можна віднайти у текстах св. Августина, який припустив близько 420 р. н.е., що «...несправедливість протиборчої сторони може вимагати від мудрої людини ведення війни, і що жодна інша війна, крім такої, не підлягає моральній обороні. Але якщо моральний закон зобов'язує не тільки совість, але і діє, а несправедливість може морально вимагати військової реакції, то, безумовно, «нейтралітет» в деяких випадках є не лише морально осудливим, але й незаконним».

Ці аспекти визначення «справедливої війни», які стосуються юридичних повноважень сторін брати участь у поєдинках або війнах, не стосуються поняття сучасного поняття «нейтралітет». Проте питання

¹ Фокина С.В. Основные этапы становления и развития нейтралитета в европейском пространстве (на примере Швейцарии и Австрии). Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. Тамбов: Грамота, 2016. № 3(65): в 2-х ч. № 3 (65). 2016 г. Часть 1. С. 183.

² Умеренко Ю. А. Международно-правовой статус нейтралитета и внутригосударственное право [Электронный ресурс] // ЕврАзЮж. 2011. № 10 (41). URL: http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_jcontentplus&view=article&id=2543:2011-12-02-04-33-59&catid=109:2010-06-17-09-48-32&Itemid=196

особистої спроможності носити зброю у феодальній теорії права мало коріння саме з вище аналізованого поняття. Думка про те, що для звернення до зброї має бути «справедлива причина» (наприклад, попередня травма) і «справедливий предмет» (тобто, не кращий спосіб вирішити суперечку), і що має бути «справедливий намір» (тобто особиста прихильність виправленню аморальної кривди як домінуючої мотивації війни), поняття, що говорять воюючим сторонам і передбачають певну потребу в *jus standi*, якийсь правовий інтерес у боротьбі, передбачають основну концепцію нейтралітету.

Нейтралітет для того часу не був правом, а скоріше зобов'язанням. Цікаво, що ісламська правова теорія є паралельною християнському мисленню в цьому відношенні, оскільки Ібн Халдун, пишучи близько 1377 р. н.е., також ділить війни на категорії «справедливих» і «несправедливих». Він «зарезервував» для категорії «справедлива війна» лише війни, які вимагаються релігійним законом (які включали правила нормальної поведінки, оскільки Коран для мусульман є основним джерелом правових норм, а також релігійним твором у світському західному сенсі). Натомість, «династична війна», на думку Халдуна, це імовірно, війна, заснована на відстоюванні права успадкувати владу, яка також має відтінки релігійного права.

У західній правовій теорії хрестові походи, релігійні війни були моральним обов'язком, і встановлення законного права утримуватися від такої війни, включало напруження і, зрештою, відмову від обов'язковості самого порядку. Незважаючи на боротьбу в Європі між церковними та державними органами влади за остаточну владу щодо прийняття законів, не випадково, що розкол між Східною Церквою та Римом відбувся офіційно в 1054 р. н.е. а відносини між візантійськими правителями та «франками» встановлювались строго по світській лінії. Імперія взагалі не відчувала зобов'язання допомагати у цій боротьбі та Візантія залишалася повністю нейтральною, що сприяло її політичній стабільності.

В ісламській теорії такий «нейтралітет» було б важко виправдати³. З іншого боку, є приклад доказів того, що на практиці ісламські правителі фактично уклали армійські угоди та договори з неісламською владою, і «нейтралітет» практикувався незалежно від теорій «природного» або «божественного закону».

Християнська ж теорія була модифікована, оскільки баланс впливу в повсякденних справах змінювався між світським правопорядком з одного боку та релігійним правовим порядком, що тлумачився папством на інших. Моральна вимога хрестового походу з часом втратила свою переконливість, і боротьба тимчасових правителів за імперію набула більшого значення з точки зору державного управління. Хоча до 16 століття в Європі основними раціоналізаторами політики залишалися священнослужителі. Навіть у країнах, вірних католицьким установам, як Іспанія, на початку 1500-х рр. впливові державні радники заперечували різницю в релігіях як причину «справедливої війни»⁴.

В період Новітнього часу найбільш значущою основою для участі у «справедливій війні» була допомога «союзникам і друзям». Підтримку було знайдено в римській практиці де розширення теорії «справедливої війни».

Період позитивізму характеризувався зменшенням авторитету церкви. Саме в цей період у рамках галузі морського права виникли технічні правила нейтралітету, які знайшли своє найбільше розроблення. У перші дні фіксованої європейської цивілізації на північ від Альп приватні репресії були нормальним способом вирішення суперечливих тверджень про право. Теорія «справедливої війни» за феодальної політичної організації створила природний закон репресій, забравши назад те, що було несправедливо відібрано іншим, доступним для рівних у феодальному масштабі майже на всіх рівнях.

Навіть на цьому етапі розвитку нейтралітету можна вже сформулювати його основні положення, а саме: неучасть у військових блоках і альянсах, відмова від надання своєї території воюючим державам.

В епоху капіталізму нейтралітет отримує нові форми розвитку. З'являється поняття «збройний нейтралітет»⁵. Вперше він був оголошений в 1780 р з ініціативи Росії в період англо-саксонської війни. Мета його полягала в тому, щоб силою зброї захищати торговий флот від нападу англійських військових кораблів⁶. Проголошення Декларації про збройний нейтралітет і освіту Ліги нейтральних держав зіграли важливу роль в міжнародних відносинах того часу. Хоча декларація формально була однаково звернена до обох воюючих сторін, за своєю суттю вона виявилася спрямованою проти деспотизму. Недарма протягом десятиліть британський уряд відмовлялося визнавати правило «вільні кораблі - вільні товари», або «нейтральний прапор покриває товар».

Даний етап становлення нейтралітету, точніше його різновидів, дав стимул до розвитку саме військового нейтралітету, або нейтралітету під час війни. При цьому нейтральна держава володіє таким міжнародно-правовим статусом, відповідно до якого вона зобов'язана не брати участь у збройних конфліктах і залишатися неупередженим до всіх учасників збройного конфлікту. Основною ж відмінністю нейтралітету

³ Thucydides, i the peloponnesian war 24, 33, 40, in 1 THE GREEK HISTORIANS 565(F. R. B. Godolphin, ed., 1942).

⁴ Thucydides, i the peloponnesian war 24, 33, 40, in 1 THE GREEK HISTORIANS 565(F. R. B. Godolphin, ed., 1942).

⁵ Bruner E. The Swiss Approach. Between the Blocks: Problems and Prospects for Europe's Neutral and Nonaligned States / ed. by J. Kruzel, M. H. Haltzel. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. 13 p.

⁶ Bruner E. The Swiss Approach. Between the Blocks: Problems and Prospects for Europe's Neutral and Nonaligned States / ed. by J. Kruzel, M. H. Haltzel. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. 15 p.

під час війни став перегляд концепції нейтралітету в сторону повної неучасті у військових діях, закріпилося положення про повну відмову в наданні допомоги або надання послуг воюючим сторонам¹.

Основні положення нейтралітету залишаються незмінними, але розширення визначення нейтралітету як зовнішньополітичного курсу і його застосування у воєнний час дає суттєвий стимул до розвитку нейтралітету і закріпленню його як в області міжнародного права, так і в політичній сфері.

У Гаазька конвенція про нейтралітет в сухопутній війні 1907 р. закріпила наступні положення нейтралітету також і в морській війні, а саме: скасування каперства, що сприяло розвитку нейтральної морської торгівлі, свобода нейтрального прапора, встановлення дійсної блокади і т.д. Після прийняття Гаазьких конвенцій про нейтралітет ряд європейських країн все більше почав звертатися саме до цієї концепції ведення своєї зовнішньої політики, розширюючи і додаючи його основні положення.

Нейтралітет в своєму традиційному розумінні діє тільки під час конкретної війни, при дотриманні всіх правил Гаазької конвенції, в той час як поняття постійного нейтралітету, який почав розвиватися в XIX столітті, передбачає відмову держави від використання військової сили як інструменту придушення міжнародних суперечок як у воєнний, так і в мирний час.

Висновки. Тут можна однозначно зробити висновок, що постійний нейтралітет є вищою формою розвитку нейтралітету, так як не має зв'язку з війною, а також є більш повноцінним і великим курсом ведення зовнішньої політики як у воєнний, так і в мирний час².

У XIX столітті багато європейських країн прагнули саме до політики постійного нейтралітету. Швейцарія, Бельгія та Люксембург закріпили за собою статус постійно нейтральних держав, проте саме Швейцарія стала першою державою, яка закріпила за собою статус постійного нейтралітету. Швейцарія накладала на себе зобов'язання бути повністю нейтральною, не брати участь у війнах між іншими державами. Для самої держави це означає збереження до себе довіри за будь-яку ціну і визначення нового курсу зовнішньої політики, що виключає будь-які сумніви причетності Швейцарської конфедерації до військових дій. З огляду на обраний напрямок ведення зовнішньої політики уряд Швейцарії почав впроваджувати ряд добровільних обмежувальних заходів по підтримці політики нейтралітету в країні. Одні були військовими, інші - економічними. Швейцарія відмовилася укласти будь-які військові угоди і приєднатися до економічних санкцій, які мали на увазі членство в альянсах чи різного роду об'єднаннях [6, р. 8]. Як кажуть самі швейцарці, «функція політики нейтралітету - це збереження довіри до закону про нейтралітет»³.

Звідси можна зробити висновок, що саме Швейцарія повністю закріпила поняття постійного нейтралітету, визначивши тим самим обраний курс в задокументований і гарантований великими державами міжнародно-правовий статус.

Анотація.

Стаття розкриває основні етапи становлення та розвитку політики нейтралітету в європейському регіоні. Автор досліджує головні історичні передумови, які зумовлюють становлення нейтралітету з бажаного зовнішньополітичного курсу в закріпленій міжнародними нормами і договорами статус. Стаття висвітлює основні види нейтралітету в Європі, а саме озброєний нейтралітет, або нейтралітет під час війни, і постійний нейтралітет. Автор аналізує основні сучасні тенденції розвитку нейтралітету на прикладі Швейцарії.

Abstract.

The article discovers the basic stages of forming and developing neutrality policy in the European region. The author examines the key historical backgrounds conditioning neutrality arrangement from desirable foreign-policy course into a status fixed by international norms and agreements. The paper covers the basic types of neutrality in Europe, in particular armed neutrality, or neutrality in the war period, and permanent neutrality. The researcher analyzes the basic tendencies for neutrality development by the example of Switzerland.

Shalelashvili Shota,

International Relations Adviser

President of the Separate Unit

«Kyiv Sambo Federation» Public organization

National Sports Federation of Ukraine

¹ Тиунов О. И. Нейтралитет в международном праве. Пермь, 1968. 158 с.

² Тиунов О. И. Нейтралитет в международном праве. Пермь, 1968. 43 с.

³ Gabriel J. M., Fischer T. *Swiss Foreign Policy 1945-2002*. N. Y.: Palgrave Macmillan, 2003. 24 p.

Functioning of the ministry of mechanical engineering, military and industrial complex and conversion as a stage in the management of the military and commercial industry of Ukraine

Функціонування міністерства машинобудування, військово-промислового комплексу та конверсії як етапу в управлінні військово-промисловим комплексом незалежної України

Yarusevych Anna

Keywords:

Military-industrial complex, Minmashprom, conversion, armament, state policy, defense industry.

Ключові слова:

Військово-промисловий комплекс, Мінмашпром, конверсія, озброєння, державна політика, оборонна промисловість.

Formulation the problem in general. The precondition of any scientific research is to establish the historical stages of development of a phenomenon, process, set of enterprises and organizations of a country that manufacture weapons and military equipment for the needs of the armed forces of their country and for export. That is why we propose to investigate the status, powers and significance of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion as a stage in the management of the military-industrial complex of independent Ukraine.

State of the research. A significant contribution to the study of the peculiarities of management in the field of defense-industrial complex was made by domestic scientists: V. Badrak, A. Mykhnenko, O. Volovych, O. Salnikov, A. Shekhovtsov, V. Gorbulin and others.

But in their works complex problems of functioning of the ministry of mechanical engineering, military and industrial complex and conversion as a stage in the management of the military and commercial industry of Ukraine have not been investigated. That is why the study of this issue is urgent and important.

The aim of the study. The purpose of the article is to study the functioning of the ministry of mechanical engineering, military and industrial complex and conversion as a stage in the management of the military and commercial industry of Ukraine.

Presenting main material. Paragraph 5 of the Decree of the President of Ukraine № 44 of January 20, 1992 "On urgent measures to stabilize the research and design organizations and industrial enterprises of defense and engineering complexes of Ukraine in 1992"⁴, led to changes in the structure of state management of the defense industry of Ukraine.

In 1992, the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion (Minmashprom) was established to replace Derzhoboronprommash of Ukraine.

The establishment of the Minmashprom is also due to the fact that the resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine dated 07.02.1992 № 2106-XII "On the report of the Cabinet of Ministers of Ukraine on the implementation and effectiveness of measures for social protection of the population and the internal market of Ukraine"⁵ the unsatisfactory activity of the Government was noted and the President of Ukraine was authorized to determine its structure.

⁴ Про невідкладні заходи по стабілізації роботи науково-дослідних та проектно-конструкторських організацій і промислових підприємств оборонного і машинобудівного комплексів України в 1992 році: Указ Президента України від 20.01.1992 № 44 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/44/92#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁵ Про звіт Кабінету Міністрів України про здійснення та ефективність заходів щодо соціального захисту населення і внутрішнього ринку України: Постанова Верховної Ради України від 07.02.1992 № 2106-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2106-12#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

Pursuant to the Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine of February 7, 1992 on Amendments to the Structure of the Government of Ukraine and in order to Improve the System of Central Bodies of State Executive Power of Ukraine, Decree of the President of Ukraine of February 25, 1992 № 98¹, and mechanical engineering, the Ministry of Mechanical Engineering, a military-industrial complex in the conversion of Ukraine, was established.

At the same time, it is interesting to note that with the formation of the Minmashprom, the name of the defense complex changed to military-industrial.

According to the dictionary of the Ukrainian language, word-defense is an adjective to the word defense and means: "who works for the defense of the country, intended for defense". The word is military, referring to the army or serviceman².

However, it is not known what caused this renaming.

Changes in the structure of state management of the defense industry in 1992 were as follows:

- instead of Derzhoboronprommash of Ukraine the Minmashprom was created;
- the institute of state ministers was liquidated, including the position of the State Minister for Defense and Conversion (Decree of the President of Ukraine of 25.02.1992 № 98[3]);
- the Department of Defense Complex, Communications and Mechanical Engineering of the CMU Secretariat was liquidated³;

Resolution of the Cabinet of Ministers of April 29, 1992 № 217 "Issues of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine"⁴ approved the Regulations on the Minmashprom.

In accordance with paragraph 1 of the Resolution of the Cabinet of Ministers of April 29, 1992 № 217[6], the Minmashprom of Ukraine was the central body of state executive power of Ukraine, subordinate to the Cabinet of Ministers of Ukraine.

The Minmashprom implemented the state policy of development of the national economy of Ukraine in mechanical engineering and military-industrial complex, promoted structural restructuring of the economy, formed a system of measures to ensure economic and military-political independence of Ukraine.

The main tasks of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine were[6]:

- a) organization of manufacturing of machine-building, military-industrial and civil products;
- b) optimization of the production and intersectional structure of mechanical engineering and the military-industrial complex, its reorientation taking into account new markets for the supply of raw materials and sales, new ties for cooperation;
- c) forecasting the development and conversion of the diversified complex of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine, preparation of proposals for the placement of state orders at the enterprises of the Ministry;
- d) development of target programs and program measures on perspective directions of development of science and technologies in mechanical engineering and a military-industrial complex, introduction of scientific and technical achievements of a defense complex in production of civil production;
- e) preparation of proposals for the placement of new productions and liquidation of obsolete enterprises, coordination and coordination of these issues with the relevant state executive bodies and local governments;
- f) promoting the development of entrepreneurship and competition, carrying out work on the demonopolization of production in mechanical engineering and the military-industrial complex, making proposals to the Cabinet of Ministers of Ukraine on antitrust measures;
- g) analysis and implementation of financial and economic regulators of optimization of economic relations, cooperative supplies and transportation, submission of relevant proposals to the Cabinet of Ministers of Ukraine;
- h) and other.

The Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine in accordance with the tasks assigned to it[6]:

- participated together with the Ministry of Economy, the Ministry of Defense, the Ministry of Finance and the Ministry of State Resources of Ukraine in the formation of state orders for the production of machine-building, military-industrial and civil products at the enterprises of the Ministry;

¹ Про зміни в системі центральних органів державної виконавчої влади України: Указ Президента України від 25.02.1992 № 98 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/98/92/ed19920225#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

² Словник української мови: в 11 томах. — Том 5, 1974. — Стор. 551.- Електронний ресурс. – режим доступу: <http://irbis-nbuv.gov.ua/ulib/item/UKR0001608>.

³ Про структуру апарату Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України; Структура від 04.05.1992 № 225 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/225-92-%D0%BF#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁴ Питання Міністерства машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України: Постанова Кабінету Міністрів України від 29.04.1992 № 217 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/217-92-%D0%BF#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

- developed economic and organizational measures to increase the export potential of machine-building enterprises and the military-industrial complex and the sale of their products abroad;
- provided assistance to enterprises in the implementation of material and technical resources for the implementation of state orders;
- coordinated the distribution of state financial resources between machine-building enterprises and the military-industrial complex, as well as the funds of the State Fund for Conversion Assistance for the implementation of major programs on economic problems, monitors their implementation.

In accordance with paragraph 7 of the Cabinet of Ministers of April 29, 1992 № 217[6], the Minister of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine was appointed by the President and was personally responsible for performing the tasks assigned to the Ministry and performing its functions, establishes the degree of responsibility of Deputy Ministers units of the Ministry.

To consider scientific recommendations and proposals on the main areas of science and technology, to determine a scientifically sound unified technical policy of mechanical engineering and military-industrial complex, the Ministry forms a scientific and technical (scientific) council from among scientists and highly qualified specialists[6].

Given the above powers and tasks of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion, it will be seen that such a body organized production and cooperation while regulating the economic relations of enterprises. Instead, the ministry's regulations lacked the authority to manage state property and implement personnel policy.

Immediately after the establishment of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion, the Law of Ukraine of 04.03.1992 № 2163-XII "On privatization of state property"⁵ was adopted, which regulated the legal, economic and organizational bases of privatization of state, republican (Republic of Crimea) and communal property. economy of Ukraine.

At the same time, in the second part of Article 5 of the Law № 2163-XII[7] it is determined that the property complexes of enterprises providing activities for the manufacture and sale of weapons, explosives and radioactive substances were not subject to privatization.

Also, enterprises for the manufacture and repair of all types of weapons were included in the list of property complexes of state enterprises, organizations, their structural units of primary production, privatization or lease of which is not allowed in accordance with the Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine from 31.12.1992 № 26-92⁶.

On December 15, 1992, the Cabinet of Ministers of Ukraine adopted the Decree "On Management of State-Owned Property" № 8-92⁷ in order to ensure effective management of state-owned property.

This decree entrusts the ministries and other bodies of state executive power subordinate to the Cabinet of Ministers of Ukraine with the implementation of functions related to the management of state-owned property and gives them the following powers[9]:

- decision-making on creation, reorganization, liquidation of enterprises, institutions and organizations based on state property (hereinafter - enterprises);
- approval of statutes (regulations) of enterprises, control of their observance and decision-making in connection with violation of statutes (regulations);
- concluding and terminating contracts with business leaders;
- implementation of control over the efficiency of use and preservation of state property assigned to enterprises;
- gave consent to the State Property Fund of Ukraine to establish joint ventures of any organizational and legal form, to the statutory fund of which property that is national property is transferred;
- and others.

The third paragraph of Decree 8-92[9], ministries and other bodies of state executive power subordinate to the Cabinet of Ministers of Ukraine prohibited direct interference in the economic activities of state-owned enterprises.

Defined by Decree № 8-92 powers to manage state-owned property became the first statutory general rules for the management of state property. It is established that such management includes both direct property management and personnel policy without interfering in economic activities.

Given the above, during this period the state took a number of measures and outlined the need to preserve the state ownership of enterprises of the military-industrial complex. However, it was not taken into account that the further development of such enterprises is due to state support and government orders.

⁵ Про приватизацію державного майна: Закон України від 04.03.1992 № 2163-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-12/ed19920304#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁶ Про перелік майнових комплексів державних підприємств, організацій, їх структурних підрозділів основного виробництва, приватизація або передача в оренду яких не допускається: Декрет Кабінету Міністрів України; Перелік від 31.12.1992 № 26-92 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/26-92#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁷ Про управління майном, що є у загальнодержавній власності: Декрет Кабінету Міністрів України від 15.12.1992 № 8-92 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/8-92#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

Having received after the collapse of the USSR a huge arsenal of armaments, it was not at all about any rearmament programs, the creation of new models of armaments, not to mention the implementation of research work. Unable to provide the state-owned enterprises of the military-industrial complex with the proper level of state orders, a course was set for the conversion and export potential of the enterprises.

According to the Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine of April 22, 1993 № 3123-XII¹, the Cabinet of Ministers of Ukraine in accordance with the order of the President of Ukraine developed a comprehensive program for the use of the potential of the defense industry and conversion.

On February 22, 1992, by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine № 79², the State Fund for Conversion Assistance was established to finance measures related to the conversion of military production in the defense and machine-building complexes of Ukraine.

However, the resolution of the Presidium of the Verkhovna Rada of September 16, 1993 № 3440-XII³, established the inexpediency of submitting the conversion program for consideration. Instead, the Cabinet of Ministers of Ukraine is instructed to complete the formation and approval of programs for the use of scientific, technical and production potential of the military-industrial complex for economic development.

Developed by the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion, the directions of using the potential of enterprises and organizations of machine-building and defense industry to solve priorities of economic development on the basis of comprehensive targeted scientific and technical programs were approved by the Cabinet of Ministers of March 25, 1993 № 229⁴.

At the enterprises of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion it was planned to manufacture new most important machine-building products to meet the needs of priority sectors of the economy in 1993, namely[13]:

- a) Machinery and equipment for the fuel and energy complex (Steam turbine, Electric meter, Household halogen lamp, Transformer, etc.)
- b) Machinery and equipment for agriculture, food and processing industry (Tractor, Plow, Cultivator, Milking parlor, Low-capacity brewery, Sausage production equipment.)
- c) Sophisticated medical equipment, tools and preparations, means of rehabilitation of the population affected by the Chernobyl disaster (Artificial kidney).
- d) Sophisticated electronic equipment and microelectronics (Digital Audio, Digital TV, VCR, Capacitor).
- e) Sophisticated appliances, other consumer goods (Washing machine with centrifuge, Household vacuum cleaner, Grill bar, oven, Electric iron).
- f) Vehicles and engines to them (Truck, Bus, City tram). Means of communication (Space communication equipment, Fiber optic system)
- g) Shipbuilding products (Transport vessel, Fishing vessel).

On March 21, 1994, an Agreement was signed between the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine and the Ministry of Defense of the United States of America on the conversion of military-industrial complex enterprises⁵.

Given the above, one of the main tasks of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion was to organize the conversion of the military-industrial complex.

It should also be noted that on 15.06.1993 the Decree of the President of Ukraine № 210/93 "On corporatization of enterprises"⁶, the third paragraph of the first paragraph which stated that corporatization is not carried out at enterprises that are not subject to privatization in accordance with law, including military enterprises - industrial complex.

¹ Про інформацію Міністра машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України Антонова В.І. про оборонну достатність і конверсію промисловості України: Постанова Верховної Ради України від 22.04.1993 № 3123-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3123-12#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

² Про затвердження Положення про Державний фонд сприяння конверсії: Постанова Кабінету Міністрів України; Положення від 22.02.1992 № 79 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/79-92-%D0%BF/ed19920222#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

³ Про пропозиції Кабінету Міністрів України щодо проекту Програми конверсії: Постанова Президії Верховної Ради України від 16.09.1993 № 3440-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3440-12#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁴ Про використання науково-технічного і виробничого потенціалу військово-промислового комплексу для розвитку економіки: Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.1993 № 229 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/229-93-%D0%BF/ed19930325#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁵ Угода між Міністерством машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України та Міністерством оборони Сполучених Штатів Америки щодо конверсії підприємств військово-промислового комплексу: Мін.МВПКК України, США; Угода, Міжнародний документ від 21.03.1994 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_109#Text (дата звернення: 25.11.2020).

⁶ Про корпоратизацію підприємств: Указ Президента України від 15.06.1993 № 210/93 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/210/93/ed19930615#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 12.11.1992 № 620 "On the structure of the staff of the Cabinet of Ministers of Ukraine"⁷, to replace the Group of Experts on Mechanical Engineering and Conversion created a department on mechanical engineering, communications and conversion.

By Presidential Decree of September 28, 1993 № 389/93⁸, the Vice Prime Minister of Ukraine for the Military-Industrial Complex was appointed.

The Decree of the President of Ukraine of June 21, 1996 № 457/96⁹ approved a new Regulation on the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine.

The new provision specifies the powers of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion to manage state property, implement state policy in mechanical engineering, military-industrial complex and conversion and coordination and control of foreign economic activity of enterprises belonging to its sphere of management.

Conclusions. It should be noted that during this period in Ukraine, the management of the defense industry was carried out by the following bodies:

- a) Vice Prime Minister of Ukraine for Military-Industrial Complex;
- b) Department of Mechanical Engineering, Communications and Conversion of the Cabinet of Ministers;
- c) Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine.

However, the authorities have not been successfully reoriented enterprises of the military-industrial complex to produce consumer goods, and the production of military equipment in recent years has decreased by more than 90 percent¹⁰. This led to the writing of the Concept of State Industrial Policy of Ukraine.

During the study period, the adoption of the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 28.09.1996 № 1194 "On the procedure for forming, placing and executing a state order to meet the needs of defense and security"¹¹ and the formation of the first state defense request was positive.

Decree of the President of Ukraine of 25.07.1997 № 701/97¹², in order to improve the management structure of the military-industrial complex, machine building and conversion in terms of reforming the economy of Ukraine and in accordance with paragraph 15 of Article 106 of the Constitution of Ukraine, the Ministry industrial policy of Ukraine.

In view of the above, the functioning of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion became an important stage in the management of the military-industrial complex of independent Ukraine.

Summary.

The article analyzes the normative features of the formation and activity of the Ministry of Mechanical Engineering, Military-Industrial Complex and Conversion of Ukraine. It is established that the Minmashprom was formed in 1992 to replace the Derzhoboronprommash of Ukraine. With the formation of the Minmashprom, the name of the defense complex changed to military-industrial. It is investigated that the Minmashprom implemented the state policy of development of the national economy of Ukraine in machine building and military-industrial complex, promoted structural restructuring of the economy, formed a system of measures to ensure economic and military-political independence of Ukraine. Unable to provide the state-owned enterprises of the military-industrial complex with the proper level of state orders, a course was set for the conversion and export potential of the enterprises. However, the authorities have not successfully reoriented the enterprises of the military-industrial complex to the production of consumer goods, and the production of military equipment has decreased by more than 90 percent in recent years.

Анотація.

У статті проаналізовано нормативні особливості утворення та діяльності Міністерства машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України. Встановлено, що Мінмашпром утворено у

⁷ Про структуру апарату Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України; Структура від 12.11.1992 № 620 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/620-92-%D0%BF/ed19921112#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁸ Про Віце-прем'єр-міністра України з питань військово-промислового комплексу: Указ Президента України від 28.09.1993 № 389/93 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389/93#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

⁹ Про Положення про Міністерство машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України: Указ Президента України від 21.06.1996 № 457/96 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/457/96#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

¹⁰ Про Концепцію державної промислової політики України: Постанова Кабінету Міністрів України; Концепція від 29.02.1996 № 272 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/272-96-%D0%BF#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

¹¹ Про порядок формування, розміщення та виконання державного замовлення для забезпечення потреб оборони і безпеки: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.09.1996 № 1194 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1194-96-%D0%BF/ed19991209#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

¹² Про утворення Міністерства промислової політики України: Указ Президента України від 25.07.1997 № 701/97 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/701/97/ed19970725#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

1992 році на зміну Держоборонпромашу України. З утворенням Мінмашпрому змінилася назва оборонного комплексу на військово-промисловий. Досліджено, що Мінмашпром реалізовував державну політику розвитку народного господарства України в машинобудуванні та військово-промислового комплексу, сприяв структурній перебудові економіки, формував систему заходів щодо забезпечення економічної та військово-політичної самостійності України. Не маючи змоги забезпечити на належному рівні державними замовленнями підприємства військово-промислового комплексу, був взятий курс на конверсію та експортний потенціал підприємств. Однак, органам управління так і не було успішно здійснено переорієнтацію підприємств військово-промислового комплексу на випуск товарів широкого вжитку, а виробництво військової техніки за останні роки скоротилося більш як на 90 відсотків.

References:

1. Про невідкладні заходи по стабілізації роботи науково-дослідних та проектно-конструкторських організацій і промислових підприємств оборонного і машинобудівного комплексів України в 1992 році: Указ Президента України від 20.01.1992 № 44 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/44/92#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
2. Про звіт Кабінету Міністрів України про здійснення та ефективність заходів щодо соціального захисту населення і внутрішнього ринку України: Постанова Верховної Ради України від 07.02.1992 № 2106-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2106-12#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
3. Про зміни в системі центральних органів державної виконавчої влади України: Указ Президента України від 25.02.1992 № 98 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/98/92/ed19920225#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
4. Словник української мови: в 11 томах. — Том 5, 1974. — Стор. 551.- Електронний ресурс. – режим доступу: <http://irbis-nbuv.gov.ua/ulib/item/UKR0001608>.
5. Про структуру апарату Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України; Структура від 04.05.1992 № 225 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/225-92-%D0%BF#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
6. Питання Міністерства машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України: Постанова Кабінету Міністрів України від 29.04.1992 № 217 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/217-92-%D0%BF#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
7. Про приватизацію державного майна: Закон України від 04.03.1992 № 2163-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-12/ed19920304#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
8. Про перелік майнових комплексів державних підприємств, організацій, їх структурних підрозділів основного виробництва, приватизація або передача в оренду яких не допускається: Декрет Кабінету Міністрів України; Перелік від 31.12.1992 № 26-92 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/26-92#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
9. Про управління майном, що є у загальнодержавній власності: Декрет Кабінету Міністрів України від 15.12.1992 № 8-92 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/8-92#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
10. Про інформацію Міністра машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України Антонова В.І. про оборонну достатність і конверсію промисловості України: Постанова Верховної Ради України від 22.04.1993 № 3123-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3123-12#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
11. Про затвердження Положення про Державний фонд сприяння конверсії: Постанова Кабінету Міністрів України; Положення від 22.02.1992 № 79 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/79-92-%D0%BF/ed19920222#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
12. Про пропозиції Кабінету Міністрів України щодо проекту Програми конверсії: Постанова Президії Верховної Ради України від 16.09.1993 № 3440-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3440-12#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
13. Про використання науково-технічного і виробничого потенціалу військово-промислового комплексу для розвитку економіки: Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.1993 № 229 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/229-93-%D0%BF/ed19930325#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
14. Угода між Міністерством машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України та Міністерством оборони Сполучених Штатів Америки щодо конверсії підприємств військово-промислового комплексу: Мін.МВПКК України, США; Угода, Міжнародний документ від 21.03.1994 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_109#Text (дата звернення: 25.11.2020).
15. Про корпоратизацію підприємств: Указ Президента України від 15.06.1993 № 210/93 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/210/93/ed19930615#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
16. Про структуру апарату Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України; Структура від 12.11.1992 № 620 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/620-92-%D0%BF/ed19921112#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
17. Про Віце-прем'єр-міністра України з питань військово-промислового комплексу: Указ Президента України від 28.09.1993 № 389/93 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389/93#Text> (дата звернення: 25.11.2020).
18. Про Положення про Міністерство машинобудування, військово-промислового комплексу і конверсії України: Указ Президента України від 21.06.1996 № 457/96 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/457/96#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

19. Про Концепцію державної промислової політики України: Постанова Кабінету Міністрів України; Концепція від 29.02.1996 № 272 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/272-96-%D0%BF#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

20. Про порядок формування, розміщення та виконання державного замовлення для забезпечення потреб оборони і безпеки: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.09.1996 № 1194 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1194-96-%D0%BF/ed19991209#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

21. Про утворення Міністерства промислової політики України: Указ Президента України від 25.07.1997 № 701/97 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/701/97/ed19970725#Text> (дата звернення: 25.11.2020).

Yarusevych Anna,

PhD. Student

*of Department of Criminal Law and Judiciary,
Educational-Scientific Institute of Law of
Sumy State University*

The nationalization with(out) respect for human rights

Yatsenko Semyon

Key words:

nationalization; eminent domain; bailout; human rights; business.

While Ukraine keeps its moving towards European Union's standards of life and politics, there are still some fundamental problems which may pose threat for the Human Rights within the system. That is the reason why Ukraine faces one of the highest number of complaints filed to the European Court of Human Rights (or ECHR)¹.

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (or the Convention) contains a huge variety of positive and negative obligations for governments to ensure. So, there are plenty of possible blind spots for every state to fail. But the most fundamental is the "obligation to respect Human Rights" which provides that the High Contracting Parties must secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of the Convention. That is the starting article of the Convention. Thus, we may conclude, that the basic reason for every case of human rights violation is a lack of due respect for Human Rights. Studying the nationalization², the author concluded, that the lack of adequate legal regulation is compensated with the Convention³ by means of article 1 of the Protocol at least. But there are more several articles which are closely tied to the real-life cases of nationalization, which took place in Ukraine. That is why the analysis of such cases considering the Convention would help us to understand certain facts.

Being cleaned up, banking system of Ukraine almost shrank twice – by 90 banks, but their part in the market was not bigger than 1.5%⁴. Some banks such as "Ukrinbank"⁵, "Premium"⁶, "Capital" and "Sojuz"⁷ were illegally, according to forthcoming court decisions, liquidated; and the biggest private bank – the "PrivatBank" was nationalized in 2016. The Deposit Guarantee Fund for Individuals sold all shares of "PrivatBank" to the Ministry of Finance of Ukraine for one hryvna, equal to approximately EUR 0.35. There are still a lot of court hearings concerning "PrivatBank". In western countries such actions are called "eminent domain" and "bailout".

In Ukraine we have the right to deter the decisions of authorities via the administrative courts. It is possible when there are severe worries about legality of such decisions. But in some cases, the law prohibits this remedy which appears to be quite effective. Thus, the third section of article 151 in the Code of Administrative Proceedings of Ukraine⁸ sets out that the Act of the National Bank of Ukraine cannot be deterred via judicial ruling. This appears to be the reason why banks were liquidated in 2016, but the violation was determined much later, and was impossible to prevent. The peculiarity of administrative court hearing lay the burden of proof that the state authority has done everything rightful and legal – on the state body itself. The complainant may be quite passive in the procedure.

Though it is quite common understanding that only "PrivatBank" was nationalized, but it looks quite convincingly that every bank which was taken over by Deposit Guarantee Fund for Individuals was in fact nationalized, no matter whether it was kept by the government like "PrivatBank" or was liquidated as "Ukrinbank".

¹ European Court of Human Rights, Analysis of statistics 2019, p.12

² Яценко Семен, Правове регулювання націоналізації, *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука»*. Серія: «Юридичні науки», №10(32)/2020 С.48-59 doi: 10.25313/2520-2308-2020-10-6435

³ Яценко Семен, Націоналізація ПрАТ «КБ Приватбанк»: правова оцінка кризь призму Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини, Проблеми законності Збірник наукових праць, Випуск №145, 2019, С.80-91 doi:10.21564/2414 – 990x.145.161676

⁴ Gontareva V., Stepaniuk Y. (2020) Mission Possible: The True Story of Ukraine's Comprehensive Banking Reform and Practical Manual for Other Nations. London: London School of Economics and Political Science, p.81

⁵ Верховний суд признав незаконною ліквідацію Укринбанка (2019). Минфин. URL: <https://minfin.com.ua/2019/08/20/38795759/>

⁶ Суд признав незаконною ліквідацію банку «Преміум» – СМІ (2020). Апостроф. URL: <https://apostrophe.ua/news/politics/judiciary/2020-08-26/sud-priznal-nezakonnoy-likvidatsiyu-banka-premium---smi/207637>

⁷ Суд признав ліквідацію очередного банку незаконною (2016). Экономическая правда. URL: <https://www.epravda.com.ua/rus/news/2016/03/29/587174/>

⁸ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

These cases correspond directly with the bunch of articles, such as: prohibition of torture (article #3); right to a fair trial (article #6); right to respect of private and family life (article #8); right to an effective remedy (article #13); protection of property (article #1 of Protocol).

Talking about prohibition of torture, it is necessary to consider that the 3rd article deals not only with tortures and punishments themselves, but also with the “inhuman or degrading treatment”. Obviously, depriving shareholders of the effective remedy which is guaranteed by article #13 of the Convention, the government admitted the “inhuman or degrading treatment”, because the owners of those liquidated banks were deliberately put into the helpless and desperate situation. And such situation must not exist under the rule of law. It is crucial not to argue with that if such actions of the government represent the “inhuman or degrading treatment”, or they are excepted under this article because while lowering the consequences of state policy in our life, we deliberately put a person in a very bad position, when this person suffers, but the state does not take it seriously, and tries not to call it “inhuman or degrading treatment”.

Even if there were definite reasons to liquidate those banks despite breach of the right to effective remedy etc., and the courts found it illegal only because National Bank of Ukraine failed to prove it before the court according to the procedural laws, the system which let us call illegal liquidation which is economically determined, must be mended. But all facts about these circumstances are bank secrecy.

Analyzing the hypothetical breach of article #6, we must understand, that the “tribunal established by law” relates not only to the national courts, but in first place to the National Bank of Ukraine, which evaluated bank as insolvent, and as such to be liquidated, without possibility to overrule this in time. Under such circumstances when the decisions of the National Bank of Ukraine are actually irreversible and final, it should be the subject to the 6th article of the Convention. Understanding the peculiarities of banking business, it is still under the jurisdiction of Ukraine and the reasoning of the National Bank of Ukraine must be coherent with the legal system.

The next article which could be discussed due to nationalization, is obvious – the right to respect for private and family life (article #8 of the Convention). The ECHR understands the right to business activity as a part of the right to private life. So, being deprived of their banking businesses, the owners and management of those nationalized banks suffered the interference with their private life.

For sure, promoting the respect for human rights in the welfare states, for common good, the Convention establishes some exceptions: “There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

So, there are some reasoning for such interfering to be legal and legitimate: accordance with the law; is necessary; coherent in democratic society; meet the interests of national security; meet the need for public safety or the economic well-being of the country; to prevent the disorder or crime; to protect the health or morals; to protect the rights and freedoms of other persons.

For sure, the National Bank of Ukraine stands for all above-mentioned reasoning. But the law obliges the National Bank of Ukraine to act only in accordance with the national law and the Convention, which is a part of national legislation of Ukraine. Thus, its decisions may be overruled by the court. Even on formal and procedural reasons.

The same approach is with the protection of property (article #1 of Protocol). Every natural (e.g., former shareholders) or legal person (bank itself) is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions (e.g., shares, contracts etc.) No one shall be deprived of his possessions. But the Convention establishes the exceptions: to meet the public interest; to comply with law (e.g., the Code of Administrative Proceedings of Ukraine, the Law on the National Bank of Ukraine etc.) and by the general principles of international law (e.g., the Convention itself).

For sure, according to this article, the National Bank of Ukraine may enforce such laws (called regulation or in Ukrainian - postanova) as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest. For example, if the state authorities think that current shareholders behave in a way that threatens the public interests, this absolutely comply with the “controlling the use of property” and the efficiency for achieving “general interest”.

Considering the high-level secrecy of banking information and National Bank of Ukraine’s activity, even during court hearings, its impossible to assess the justification of nationalization and liquidation of mentioned banks, and the reasonableness of the judicial decisions. But the analysis of the Convention, Code of Administrative Proceedings of Ukraine, and book written by former National Bank of Ukraine Governor give us the possible issues what could government do wrong or not. Also, it could help us improve Ukrainian national legislation in future.

Summary.

During banking crisis in Ukraine, one biggest private bank was nationalized, a lot of banks were taken over and then liquidated. The national legislation of Ukraine gives to National Bank of Ukraine a lot of authority and discretion. Sometimes it looks like totalitarianism, at the same time, procedural legislation does not allow

shareholders to prevent their damages. After nationalization, the judicial rulings assessed that in some cases liquidation was unjustified.

From first point of view, it looks like the government violated a lot of articles of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, such as obligation to respect Human Rights (article #1); right to respect of private and family life (article #8); protection of property (article #1 of Protocol). But such breaches of Human Rights could have legitimate goal and be proportional, hence meet the guarantees of the Convention.

In every case, enacted Code of Administrative Proceedings of Ukraine indeed makes impossible the right to an effective remedy (article #13) and thus violates prohibition of torture (article #3), indicates the infringement of the obligation to respect Human Rights (article #1).

So, the positive obligation of the government to respect Human Rights must be fulfilled during nationalization. The civil society does not have the access to the necessary information because of its secrecy. Using the Convention, we may better understand the nationalization, which is not well-studied at all.

References:

1. Analysis of statistics 2019 URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2019_ENG.pdf
2. Gontareva V., Stepaniuk Y. (2020) *Mission Possible: The True Story of Ukraine's Comprehensive Banking Reform and Practical Manual for Other Nations*. London: London School of Economics and Political Science
3. Суд признал ликвидацию очередного банка незаконной (2016). Экономическая правда. URL: <https://www.epravda.com.ua/rus/news/2016/03/29/587174/>
4. Суд признал незаконной ликвидацию банка «Премиум» – СМИ (2020). Апостроф. URL: <https://apostrophe.ua/news/politics/judiciary/2020-08-26/sud-priznal-nezakonnoy-likvidatsiyu-banka-premium---smi/207637>
5. Верховный суд признал незаконной ликвидацию Укринбанка (2019). Минфин. URL: <https://minfin.com.ua/2019/08/20/38795759/>
6. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
7. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
8. Яценко Семен, Націоналізація ПрАТ «КБ Приватбанк»: правова оцінка крізь призму Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини, Проблеми законності Збірник наукових праць, Випуск №145, 2019, С.80-91 doi:10.21564/2414 – 990x.145.161676
9. Яценко Семен, Правове регулювання націоналізації, *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія: «Юридичні науки»*, №10(32)/2020 С.48-59 doi: 10.25313/2520-2308-2020-10-6435

Yatsenko Semyon

heading jurist at the State Organization "V. Mamutov Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine"

Problems of determination of punishment and sentencing for authority, office and service position abuse in accordance with the criminal code of Ukraine

Проблеми визначення караності та призначення покарання за зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за Кримінальним кодексом України

Yatsinina Marta-Maria

Key words:

abuse of authority, official, punishment.

Ключові слова:

зловживання владою, службова особа, покарання.

Постановка проблеми. Призначення покарання завершує розгляд і вирішення судом кримінальної справи по обвинуваченню особи у вчиненні кримінального правопорушення. Суть призначення покарання полягає в тому, що особі, яка вчинила кримінальне правопорушення (кілька кримінальних правопорушень), суд, керуючись положеннями КК і КПК і не вбачаючи законних підстав для звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності і для не призначення їй покарання, обирає та закріплює в обвинувальному вирокі конкретну міру покарання¹.

Щодо проблем караності за зловживання правом службовими особами, та особами, що надають публічні послуги (ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України), у Кримінальному кодексі України існує певна нелогічність та непослідовність у конструюванні санкцій у цих складах кримінальних правопорушень, що потребує окремих наукових досліджень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Найбільш вагомим внеском у розроблення проблематики призначення покарання та звільнення від нього є праці таких українських науковців, як В. В. Антипов, В. І. Антипов, Р. Ш. Бабанли, В. М. Білоконов, Т. А. Денисова, О. В. Євдокімова, Т. І. Іванюк, Н. В. Марченко, А. А. Музика, О. П. Горох, В. В. Полтавець, Ю. А. Пономаренко, Т. В. Сахарук, С. В. Сахнюк, В. І. Тютюгін, І. М. Федорчук, С. Д. Шапченко.

Метою статті є проаналізувати види та розміри покарань, встановлених санкціями ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України, дослідити можливі підстави для звільнення від покарання та його відбування.

Виклад основного матеріалу. Призначення покарання полягає у визначенні певного виду і розміру кримінального покарання, необхідного і достатнього для досягнення цілей покарання у конкретній кримінальній справі та стосовно конкретного засудженого. Законність, обґрунтованість, справедливість призначеного судом покарання значною мірою залежить від того, якими саме будуть законодавчі положення щодо його призначення, адже саме ними керується суд. Ці положення у КК України складаються із загальних і спеціальних засад призначення покарання².

Щодо проблем караності за зловживання правом службовими особами, та особами, що надають публічні послуги, науковці які досліджували цю проблему відзначають певну нелогічність та непослідовність у конструюванні санкцій у досліджуваних нами складах кримінальних правопорушень.

Як слушно зазначає Д. Г. Михайленко, деколи законодавець порушує логіку диференціації. Так, вчений зазначає, що суперечливим є співвідношення санкцій ст. 364 КК України і ст. 365-2 КК України. Зокрема, санкція при основному складі зловживання владою або службовим становищем найбільш суровим передбачає позбавлення волі до 3 років, а санкція такого самого складу зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ч. 1 ст. 365-2 КК України), - лише обмеженням волі на строк до трьох

¹ Українське кримінальне право. Загальна частина [Текст] : підручник / [Берзін Павло Сергійович та ін.] ; за заг. ред. В. Навроцького. - К. : Юрінком Інтер, 2013. - С. 503.

² Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. - К.: ЦУЛ, 2014. - С. 353.

років. Проте за наявності тяжких наслідків зазначених зловживань жорсткість кримінально-правових наслідків кардинально змінюється. Така кваліфікуюча ознака, як тяжкі наслідки у зловживанні владою або службовим становищем збільшує медіану найсуворішого основного покарання порівняно з основним складом цього злочину на коефіцієнт 2, 25, а у зловживанні повноваженнями особами, які надають публічні послуги на коефіцієнт 4, 875, що є нелогічним, оскільки на думку вченого правопорушення в публічному секторі управління становлять вищу суспільну небезпеку, ніж такі самі правопорушення у сфері надання публічних послуг¹.

Р. М. Гора, зазначає, що загалом погоджується з думкою тих науковців, які зазначають, що представник влади і державний службовець мусять нести підвищену відповідальність за зловживання порівняно зі службовими особами юридичних осіб приватного права, які вчинили тотожні за виконавчим змістом діяння, через те, що представляють державу² і, як правило, виконують свої функції у стратегічно важливих сферах економічного, соціального, політичного життя, однак науковець вказує, що різниця у суворості покарання за суміжні кримінальні правопорушення має бути в розумних межах. Тим більше, що обидва склади злочинів (ст. 364 та 364-1 КК України), по-перше, сконструйовані законодавцем як матеріальні, а наслідки у виді істотної шкоди та тяжких наслідків взагалі є однаковими для них; по-друге, обидві статті КК містять пряму вказівку на умисну форму вини і спеціальну мету – отримання неправомірної вигоди³.

На нашу думку, санкції ст. 364 та 364-1 є неспіврозмірними в частині караності за зловживання службовим становищем (ст. 364) та зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1).

Спочатку, для того, щоб дослідити їх адекватність проаналізуємо суспільну небезпеку цих злочинів.

Суспільна небезпечність є безумовною і однією з найважливіших ознак, за якою діяння може визнаватися злочинним, а також головним критерієм визначення його тяжкості та покарання. Якісними показниками суспільної небезпеки є її характер – що визначається об'єктом, на який посягає кримінальне правопорушення, а також її ступінь, що залежить від форми і виду вини, а також мотиву і мети, способу вчинення кримінального правопорушення, місця, обстановки, стадії, тяжкості злочинних наслідків⁴.

Як вірно зазначив О. П. Дячкін, не будь-яка службова особа державного підприємства, установи або організації своїми протиправними діями автоматично спричиняє більшу суспільну небезпеку ніж службова особа юридичної особи приватного права⁵.

Проте, законодавець пішов іншим шляхом, і за зловживання передбачені ст. 364 КК України, встановив значно суворішу відповідальність ніж за зловживання, передбачені ст. 364-1 КК України. Так, у санкції частини першої статті 364-1 КК України, передбачено такий вид покарання як штраф, якого у санкції ст. 364 немає взагалі. Також, санкцією ч. 1 ст. 364 передбачено такий вид покарання як позбавленням волі, якого у санкції ч. 1 ст. 364-1 немає взагалі, натомість у ч. 2 санкцій цих обох статей передбачено «позбавленням волі на строк від трьох до шести років», що нашу думку вказує на певну непослідовність законодавця при визначенні караності цих діянь. Дивно що за основний склад злочину передбачений ч. 1 ст. 364-1 КК України, такий вид покарання не передбачено взагалі, на відміну від ч. 1 ст. 364 КК України, а за кваліфіковані склади цих злочинів встановлено аналогічні межі для призначення позбавленням волі.

Ми вважаємо, що основні безпосередні об'єкти зловживання службовим становищем та зловживання повноваженнями (ст.364-1 КК України) є тотожними, проте станом на сьогодні законодавець їх штучно розділяє. Способи вчинення цих злочинів є однаковими. Форма та вид вини, мотив, мета також є тотожними. Якщо порівняти склади цих злочинів, вони на нашу думку мають однаковий характер та ступінь суспільної небезпеки.

Тому, ми вважаємо, що за такі діяння доцільно встановити однакову санкцію. А те, що санкція є альтернативною та відносно визначеною дозволить враховувати фактори, які впливають на ступінь суспільної небезпеки кожного окремого злочину безпосередньо при призначенні покарання.

Також за зловживання владою слід встановити суворішу відповідальність ніж за зловживання службовим становищем, адже зловживання владою має більший характер та ступінь суспільної небезпеки.

¹ 128. Михайленко Д. Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи : монографія / Д. Г. Михайленко. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. – С. 103-104.

² Гора Р. М. Кримінальна відповідальність за зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії) за спеціальністю 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» (081 – Право). – Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса Національної академії правових наук України, Харків, 2019. – С. 184.

³ Там само, С. 148.

⁴ Дячкін О. П. Зловживання службовими повноваженнями: суспільна небезпечність і кримінальна відповідальність. Право і суспільство. 2012. № 3. С. 179-185.

⁵ Дячкін О. П. Зловживання службовими повноваженнями: суспільна небезпечність і кримінальна відповідальність. Право і суспільство. 2012. № 3. С. 179-185.

Додатковим покаранням у досліджуваних нами складах злочинів є позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. У зв'язку і тим, що досліджувані нами норми містять відповідальність за зловживаннями різними видами діяльності, цікавим є те, як суд формулює це покарання. Суди по-різному призначають покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за злочини, передбачені ст. 364-1 КК України:

1) з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій; 2) з позбавленням права обіймати посади пов'язані із виконання організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських повноважень на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності; 3) з позбавленням права виконувати адміністративно-господарські та організаційно-розпорядчі функції;

4) з позбавленням права обіймати керівні посади на підприємствах будь-якої форми власності; 5) з позбавленням права займатись діяльністю з переробки відходів металургійної промисловості; 6) з позбавленням права обіймати посади пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій у юридичних особах приватного права; 7) з позбавленням права обіймати посади керівника підприємства, установи, організації в юридичних особах приватного права; 8) з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій у сфері сільського господарства; 9) у вигляді позбавлення права обіймати керівні посади директора на підприємствах, установах та організаціях усіх форм власності.

Щодо злочину, відповідальність за який передбачена ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем», то у судовій практиці існують такі підходи до формулювання покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади: з позбавленням права обіймати посади зі здійсненням організаційно-розпорядчих функцій; з позбавленням права обіймати посади в органах державної влади та місцевого самоврядування; з позбавленням права обіймати посади керівного складу на державних підприємствах, установах, організаціях; з позбавленням права обіймати посади пов'язаних організаційно-розпорядчих чи адміністративно - господарських функцій в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах; з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю; з позбавленням права обіймати посади в органах влади і місцевого самоврядування; з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями; з позбавленням права здійснювати певну діяльність - технічний нагляд під час нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту будівель і споруд, а також технічного переоснащення діючих підприємств; з позбавленням права обіймати посади та займатися діяльністю, пов'язаною із виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій; з позбавленням права постійно чи тимчасово обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах; з позбавленням права обіймати керівні посади; з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій.

Як бачимо, у правозастосуванні відсутній єдиний узгоджений підхід до призначення покарання за службові зловживання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади, або займатися певною діяльністю.

Ми вважаємо, що за своєю природою, службове зловживання вчинене службовою особою публічного права, та службове зловживання вчинене службовою особою приватного права є тотожними та посягають на той самий об'єкт кримінально-правової охорони.

Таким чином, призначаючи покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, потрібно сформулювати його так, щоб у майбутньому заборонити винному посягати на об'єкт кримінально-правової охорони, на який він уже посягнув і при цьому врахувати усі способи такого посягання. Тому формулювання покарання повинне охоплювати весь об'єкт кримінально-правової охорони.

З метою повної та точної реалізації завдань Кримінального кодексу України, правильним вважаємо таке формулювання покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за такі зловживання: з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із виконання організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності та способу створення.

У судовій практиці є два підходи до формулювання покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю при призначенні покарання за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: 1) загальне формулювання - з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з наданням публічних послуг; 2) та конкретизоване, залежно від сфери діяльності винного - з позбавленням права працювати оцінювачем, з позбавленням права обіймати посаду нотаріуса, з позбавленням права займатися діяльністю арбітражного керуючого.

Суб'єкти злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України надають публічні послуги для юридичних та фізичних осіб, і, зловживаючи своїми повноваженнями, спричиняють їм шкоду. Тому, на нашу думку, з точки зору

завдань кримінального закону доцільно забороняти здійснювати не лише ту діяльність, у сфері якої винний вчинив кримінальне правопорушення, а загалом заборонити надавати публічні послуги, тобто формулювати покарання так: з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з наданням публічних послуг.

Ще однією проблемою є те, що згідно ч. 1 ст. 55 КК України, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від двох до п'яти років або як додаткове покарання на строк від одного до трьох років, в той час як санкцією ч.1 ст. 365 передбачене покарання у вигляді обмеження волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років.

Ще однією проблемою у цій сфері є звільнення особи від відбування покарання.

Відповідно до ч. 1 ст. 75 КК України у редакції чинній до вступу в силу ЗУ № 1698-VII від 14.10.2014, якщо суд при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість кримінального правопорушення, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Відповідно до даних судової статистики за 2014 рік, у 2014 році за ч. 1 ст. 364 КК України було засуджено 53 особи, з них 16 звільнено від відбування покарання. За ч. 2 ст. 364 КК України було засуджено 53 особи, з них 44 звільнено від відбування покарання з випробуванням¹.

Як зазначає Р. Ш. Бабанли, буквально тлумачення змісту ст. 75 КК передбачає, що під час вирішення питання звільнення особи від відбування покарання з випробуванням суд враховує тяжкість вчиненого кримінального правопорушення. З огляду на те, що відповідний механізм є привілейованим, можна зробити висновок проте, що тяжкість кримінального правопорушення є оберненою пропорційною ймовірності застосування ст. 75 КК, тобто чим вищим є ступінь тяжкості кримінального правопорушення, тим нижчою має бути ймовірність звільнення особи від відбування покарання з випробуванням².

Проте, проаналізувавши статистичні дані можемо прослідкувати протилежну тенденцію. Кількість осіб, яких у 2014 було звільнено від відбування покарання за вчинення злочину, передбачено ч. 2 ст. 364 КК України є майже в три рази більшою, ніж кількість осіб, яких звільнили від відбування покарання з випробуванням за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК України.

Більше того, кількість осіб звільнених від відбування покарання з випробуванням за ч. 2 ст. 364 КК України вказує на те, що таке застосування ст. 75 КК України призвело до частішого застосування винятків з правил призначення покарання, ніж самих правил.

Очевидно, такий стан речей зумовив те, що законом № 1698-VII від 14.10.2014 ч. 1 ст. 75 КК України викладено у новій редакції, відповідно до якої, якщо суд, крім випадків засудження за корупційне кримінальне правопорушення, при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше 5 років, враховуючи тяжкість кримінального правопорушення, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Таким чином, станом на сьогодні до досліджуваних нами злочинів не можна застосовувати ст. 75 КК України.

Слід погодитися із позицією Р. Ш. Бабанли, який дійшов висновку, що не можна вважати оптимальним застосований законодавцем підхід, який виявився в тотальній забороні застосування ст. 75 КК до корупційних кримінальних правопорушень. На думку вченого, з одного боку такий захід є фрагментарним, оскільки, навряд корупційні кримінальні правопорушення є єдиним видом кримінальних правопорушень, при яких звільнення від відбування покарання застосовувалось необґрунтовано. З іншого боку, вчений зазначає, що таке рішення законодавця позбавлено логіки з позицій ієрархії соціальних цінностей, які охороняються кримінальним законом, оскільки за існуючою заборонаю застосовувати умовне покарання до осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення, таке покарання може застосовуватися до осіб, що вчинили кримінальне правопорушення, наслідком якого є позбавлення життя особи³.

Р. Ш. Бабанли зазначає, що дискусійним залишається питання, чи може особа бути звільнена від відбування покарання з випробуванням у провадженні на підставі угод, якщо стосовно відповідного кримінального правопорушення в КК існує заборона на застосування ст. 75 до корупційного кримінального правопорушення⁴.

¹ Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2014 рік. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/1kflghkjlh. (дата звернення 25.10.2020)

² Бабанли Р. Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Чернігів:Десна Поліграф, 2019. – С. 354.

³ ЗБабанли Р. Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Чернігів:Десна Поліграф, 2019. – С. 366.

⁴ Там само, – С. 329.

На практиці, суди затверджують угоди про визнання винуватості, у яких застосовують ст. 75 до осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення⁵. Проте вважаємо, що це суперечить ч. 1 ст. 75 КК України.

Висновки. Підсумовуючи можемо зазначити, що санкції ст. 364 та 364-1 є неспіврозмірними в частині караності за зловживання службовим становищем (ст. 364) та зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1). Вважаємо, що ці склади злочинів мають однакові характер та ступінь суспільної небезпеки тому доцільно за такі діяння встановити однакову кримінальну відповідальність. Натомість зловживання владою має вищий ступінь суспільної небезпеки, тому слід встановити суворішу відповідальність за зловживання владою.

Анотація.

Стаття присвячена дослідженню видів та розмірів покарань, встановлених санкціями ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України. Автор зазначає, що склади злочинів, передбачені ст. ст. 364, 364-1 КК України мають однакові характер та ступінь суспільної небезпеки, а тому за такі діяння доцільно встановити однакову кримінальну відповідальність.

Summary.

The article is devoted to the investigation of the types and sizes of punishments established by the sanctions of Art. Art. 364, 364-1, 365-2 of the Criminal Code of Ukraine. The author notes that the corpus delicti provided by Art. Art. 364, 364-1 of the Criminal Code of Ukraine has the same nature and degree of public danger, so it is advisable to establish the same criminal liability for such acts.

References:

1. Українське кримінальне право. Загальна частина [Текст] : підручник / [Берзін Павло Сергійович та ін.] ; за заг. ред. В. Навроцького. - К. : Юрінком Інтер, 2013. - 711 с.
2. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. – К.: ЦУЛ, 2014. – 944 с.
3. Михайленко Д. Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи : монографія / Д. Г. Михайленко. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. – 582 с.
4. Гора Р. М. Кримінальна відповідальність за зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії) за спеціальністю 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» (081 – Право). – Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Статиса Національної академії правових наук України, Харків, 2019. – 208с.
5. Дячкін О. П. Зловживання службовими повноваженнями: суспільна небезпечність і кримінальна відповідальність. Право і суспільство. 2012. № 3. С. 179-185.
6. Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання за 2014 рік. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/lkflghkjlh. (дата звернення 25.10.2020).
7. Бабанли Р. Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Чернівці: Десна Поліграф, 2019. – 488 с.
8. Вирок Вищого антикорупційного суду України від 30 квітня 2020 року у справі № 991/2904/20 .URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89036195>. (дата звернення 24.10.2020).

Yatsinina Marta-Maria,

Applicant for a scientific degree

⁵ Вирок Вищого антикорупційного суду України від 30 квітня 2020 року у справі № 991/2904/20 .URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89036195>. (дата звернення 24.10.2020).

Visegrad journal on human rights – № 5, 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”
Mierová, 2529 Humenné



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

ISSN 1339-7915

Layout :
Ivanna Polianska