

Національний університет
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»



ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

збірник наукових праць

науково-практичне юридичне видання

Випуск 4(33)



Видавничий дім
«Гельветика»
2020

У збірнику висвітлюються результати наукових досліджень проблем сучасної правової науки, зокрема актуальних питань теорії держави і права, конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального права, процесуальних та комплексних галузей права, правозастосовної практики, правової освіти, а також інші аспекти правової політики держави.

Для наукових та науково-педагогічних працівників, докторантів, аспірантів, здобувачів, практичних працівників, студентів, курсантів та всіх зацікавлених осіб.

Головний редактор:

Цуркан-Сайфуліна Юлія Василівна – д-р юрид. наук, професор

Заступник головного редактора:

Сафончик Оксана Іванівна – д-р юрид. наук, доцент

Відповідальний секретар:

Ковальчук Сергій Олександрович – д-р юрид. наук, доцент

Редакційна колегія:

Некіт Катерина Георгіївна – канд. юрид. наук, доцент

Давидова Ірина Віталіївна – д-р юрид. наук, професор

Латковський Павло Павлович – канд. юрид. наук, доцент

Глиняна Катерина Михайлівна – канд. юрид. наук, доцент

Мазуренко Світлана Вікторівна – канд. юрид. наук

Dr. Michael Geistlinger – професор (Австрія)

Bernd Wieser – д-р юрид. наук, професор (Австрія)

Emre Sencer – д-р, професор (США)

Відповідальний за випуск:

О.П. Головка

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» 18.08.2020 р. (протокол № 1)

Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)
Офіційний сайт видання: www.pjv.nuoua.od.ua

Науково-практичний журнал «Прикарпатський юридичний вісник» зареєстровано Державною реєстраційною службою України (Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 18118-6918Р від 16.08.2011 р.), внесено до переліку наукових фахових видань України з юридичних наук відповідно до Наказу МОН України від 17.03.2020 р. № 409

КОНСТИТУЦІЙНЕ ТА МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342(477)
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.613>

І. В. Завальнюк
orcid.org/0000-0002-6387-0199
кандидат юридичних наук,
суддя

Одеського окружного адміністративного суду

ЕВОЛЮЦІЯ КОНЦЕПЦІЇ «СПРАВЕДЛИВИЙ СУД» У КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ

Постановка проблеми. «Попит на право» в умовах сьогодення невинно зростає. Щоденно в судах вирішуються сотні тисяч як незначних, так і суттєвих конфліктів. Кількість людей, що звертаються до судів в Україні і в усьому світі, не тільки не зменшується з кожним роком, а й демонструє сталу тенденцію зростання.

Досить довго концепція справедливого суду передбачала лише здійснення судочинства згідно із встановленою в чинному законодавстві держави процедурою, і справедливий судовий розгляд у сучасному його розумінні був відносно нечастим явищем. Ситуація зрушила з місця лише у ХХ столітті, коли концепція справедливого суду зазнала трансформації і почала втілювати в собі головну ідею – дотримання прав кожної сторони в ході судового розгляду (в тому числі права на розумні строки розгляду, права на неупереджений суд, права на залучення і допит свідків тощо). З огляду на ретроспективу теорії прав людини неможливо не повертатися знову і знову до питання: чи притаманний людині як людській істоті якийсь набір «вроджених якостей», що зумовлюють природність прав людини, або права людини, і в тому числі право на справедливий суд, є, за визначенням деяких зарубіжних учених, лише «примхою, яка може бути не в моді завтра» (зокрема, Вільяма Шульца)? [1, с. 83].

Оцінка стану літератури. Дослідженню окремих питань права на справедливий суд присвячували свою увагу як вітчизняні (Бережанський Г.І., Головка О.П., Грень Н.М., Доліва-Клепацька А., Дудченко В.В., Дяченко С.В., Маргело М., Погорецький М.А., Савчин М.В., Туманянц А.Р.), так і зарубіжні вчені (Вільям Шульц, Єжі Скорупка, Єн Ленгфорд, Кароль Флісек, Стефан Дж. Каролак) та ін.

Мета та завдання. Метою статті є дослідження еволюції концепції справедливого суду в конституційно-правовій доктрині. Поставлена мета конкретизована у відповідних завданнях: з'ясувати витоки формування та нормативного закріплен-

ня концепції «справедливий суд», її передумов та особливостей.

Виклад основного матеріалу. Право на справедливий суд є одним з основоположних, «наріжним каменем» у системі прав людини. Розглядаючи право на справедливий суд, неможливо переоцінити його важливість як для кожної окремої людини, так і для всього суспільства загалом. Право на справедливий суд виступає необхідною передумовою забезпечення та належної реалізації всіх інших прав людини і громадянина. Так, Конституційний трибунал Польщі дійшов висновку, що право на справедливий суд є також і «фундаментальною гарантією верховенства права» [2, с. 75]. «Якщо суди несправедливі, ми не можемо говорити про справедливість для обвинуваченого, жертви і всього суспільства» [3, с. 15].

Витоки концепції справедливого суду слід шукати ще у праві Давнього Риму. Необхідно зазначити, що власне поняття «справедливість» знаходиться в нерозривному діалектичному взаємозв'язку з поняттям «закон». Давньоримський юрист Ульпіан відзначав, що справедливість включає в себе поняття закону, а в Дигестах стверджував, що у разі «коли право суперечить справедливості, повинна панувати остання» (15.1.32). Коли ми говоримо про справедливість, ми часто пов'язуємо її із законом, його змістом та дотриманням. З одного боку, право на справедливий суд закріплюється в законодавстві (зокрема, в Законі України «Про судоустрій і статус суддів», а з іншого – концепція справедливого суду «спирається» на норми закону та на дух права в цілому, позаяк інакше виникає питання: чи може суд вважатися справедливим, якщо суддя виносить рішення на основі несправедливого закону? З позицій позитивізму відповідь однозначна – як відзначає польський дослідник Стефан Каролак, «суддя, який відхиляється від приписів закону, не є справедливим» [4, с. 11]. Проте така позиція звужує зміст концепції справедливого суду до механічного та правильного застосування норм закону під час розгляду справ.

Концепція справедливого суду («fair trial») походить з англо-саксонського права і була вперше використана як характеристика судового процесу ще у XVIII ст. Однак вона була фрагментарною, малозастосовуваною і характеризувалась значним ступенем суб'єктивності. Як відзначає британський дослідник Єн Ленгфорд, коли люди вперше говорили про справедливий суд, вони мали на увазі судовий розгляд, у примірному значенні «позбавлений вад», що відображало суть «справедливого» і використовувалося до XIX століття [5, с. 38]. Упродовж наступних століть концепція доповнювалась, розширювалась і вдосконалювалась, виходячи далеко за рамки англо-саксонського права, «поступово розширюючи перелік вимог, реалізація яких дозволяє вважати суд справедливим» [6, с. 134].

До цього періоду прикметник «справедливий» і «суд» не використовувались як взаємопов'язані. Натомість суд визначався, наприклад, як «безпристрасний» (Едвард Коук) [7].

У 1777 р. відбувся суд на Вільямом Доддом, на якому суддя, проголошуючи вирок, відзначив, що підсудний «мав змогу користуватися перевагою, яку держава надає кожній людині в такій ситуації – справедливим, неупередженим та уважним судом» [5, с. 45].

Вперше в міжнародних документах концепція справедливого суду знайшла своє втілення наприкінці 1940-х років, а першим таким документом стала Загальна декларація прав людини 1948 р. Як зазначає О.П. Головка, разом із тим у первинному варіанті тексту Декларації говорилося лише про право «на доступ до суду». І лише в наступних варіантах цього міжнародного документа в галузі прав людини з'явилося нинішнє формулювання про право «кожного на справедливий судовий процес» [8, с. 322].

Водночас активно почала використовуватись формула Радбруха, яка сформульована таким чином: «Законне неправо і надзаконне право» [9, с. 226]. Ідея права, за Радбрухом, засновується на трьох взаємопов'язаних, але часом конфліктуючих правових цінностях: справедливості, доцільності й правопевності. Антиномія цінностей у рамках ідеї права вирішується Г. Радбрухом на користь справедливості в умовах «нестерпного» відходу від справедливості або відсутності «навіть прагнення» до встановлення справедливості [10, с. 395]. Надалі, як відзначає В.В. Дудченко, формула Г. Радбруха неодноразово використовувалась у судовій практиці Федеральної Республіки Німеччина [11, с. 128].

У 1950 р. побачила світ Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 6 якої гарантує «справедливий і публічний

розгляд справи». А. Р. Туманянц звертає увагу на те, що Європейський суд з прав людини у своїй практиці пропонує відносно широке тлумачення права на справедливий суд, відзначаючи, що в демократичному суспільстві в розумінні зазначеної вище Конвенції право на справедливий суд займає настільки значне місце, що обмежувальне трактування її не відповідало б самій меті й призначенню цього положення [12, с. 207].

З часом концепція справедливого суду почала все більше входити у вжиток, особливо її стало чутно в залах судових засідань. Є. Ленгфорд провів цікаве дослідження, в результаті якого визначив, що поняття «справедливий суд» у Великій Британії за 85 років до 1950 року згадувалося в 112 юридичних звітах, але за 55 років, що минули з 1950 року, воно згадувалося у 361 звіті. Найбільше зростання частоти спостерігалось в 1975–2005 роках [5, с. 46].

Сьогодні концепція «справедливий суд» органічно еволюціонувала в невід'ємне право людини – «право на справедливий суд», яке широко використовується як міжнародним законодавством, так і внутрішнім законодавством держав, а також конституційно-правовою доктриною. Неможливо не погодитись із В.І. Бережанським у тому, що «формальний аспект права на справедливий суд демонструє кінцеву мету та призначення правосуддя. Інститут суду, який виник на запит суспільства щодо вирішення суперечок і конфліктів у правовому полі, вимагає саме вірного та правового рішення, що забезпечило би захист порушених прав особи, яка звернулася до суду» [13, с. 192].

Висновки і перспективи подальших досліджень. Незважаючи на те, що концепція справедливого суду в умовах сучасної державно-правової дійсності вже давно не є чимось незвичним, а навпроти – певним «золотим стандартом» правосуддя, вона є динамічною та постійно розвивається, зазнає змін, врешті-решт, еволюціонує разом із розвитком вітчизняної правової системи норм міжнародного права та теорією прав людини. Трохи більше двох століть тому справедливий суд трактувався як «безпристрасний» або ототожнювався лише з «повним судовим розглядом», а нині виступає одним із фундаментальних прав людини, завдяки якому забезпечується захист та відновлення порушених прав, свобод і законних інтересів. Однак сучасне розуміння права на справедливий суд не є остаточно визначеним ані в міжнародному, ані в національному законодавстві – нормативно-правові акти зазнають змін, наукові дискусії із цього приводу також не вичухають з огляду на значущість проблематики, і це в значній мірі зумовлює актуальність і необхідність подальших наукових розробок.

Література

1. William F. Schulz. In Our Own Best Interest: How Defending Human Rights Benefits Us All. Boston : Beacon Press, 2001. 256 p.
2. Karol Flisek. Prawo do sądu i pojęcie wymiaru sprawiedliwości w perspektywie koncepcji merytorycznego orzekania sądów administracyjnych. *Forum Prawnicze*. 2017. P. 72–84. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/190383423.pdf> (дата звернення: 08.09.2020).
3. Jerzy Skorupka. O sprawiedliwości procesu karnego. Warszawa : Wolters Kluwer Polska SA, 2013. URL: <https://www.gandalf.com.pl/files/products/texts/324593.pdf> (дата звернення: 08.09.2020).
4. Stefan J. Karolak. Sprawiedliwość. Sens prawa. Kraków : Petrus, 2015. 350 p.
5. Langford Ian. Fair Trial: The History of an Idea. *Journal of Human Rights*. 2009. № 8. P. 37–52. URL: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/14754830902765857> (дата звернення: 08.09.2020).
6. Стрелкова Ю.В. Концепція справедливого судового розгляду розбиральства (fair trial) як система гарантій для вынесення правосудного вердикта в суді присяжних. *Судебная власть и уголовный процесс*. 2017. № 1. С. 134–140.
7. The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Edited by Steve Sheppard. Volume 3. Indianapolis, Indiana : Liberty Fund. 2003. 291 p. URL: https://www.academia.edu/31886235/Edward_Coke_The_Selected_Writings_of_sir_Edward_Coke_Vol_III (дата звернення: 08.09.2020).
8. Головка О.П. Справедливий судовий розгляд в міжнародному кримінальному процесі. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція*. 2013. Вип. 5. С. 321–325. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2013_5_72 (дата звернення: 08.09.2020).
9. Радбрух Г. Философия права : пер. с нем. Москва : Международные отношения, 2004. 240 с.
10. Бочаров Д. Суд – не на осуд, а на розсуд. Справедливий розсуд. *Філософія права і загальна теорія права*. 2012. № 2. С. 394–396. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/filpr_2012_2_44 (дата звернення: 08.09.2020).
11. Дудченко В.В. Г. Радбрух про ціннісну природу права. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2013. Т. 13. С. 123–131. URL: <http://naukovipraci.nuoua.od.ua/arhiv/tom13/14.pdf> (дата звернення: 08.09.2020).
12. Туманянц А.Р. Забезпечення права особи на справедливий судовий розгляд. *Університетські наукові записки*. 2010. № 2. С. 206–211. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2010_2_30 (дата звернення: 08.09.2020).
13. Бережанський Г.І. Особливості розуміння права на справедливий суд. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 3. С. 191–196. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vkc_2017_3_23 (дата звернення: 08.09.2020).

Анотація

Завальнюк І. В. Еволюція концепції «справедливий суд» у конституційно-правовій доктрині. – Стаття.

Концепція справедливого суду почала використовуватись у праві відносно недавно. З початку її появи у XVIII столітті, зазнавши змістовної трансформації, концепція справедливого суду в сучасному розумінні почала втілювати в собі головну ідею – дотримання прав сторони в ході судового розгляду (в тому числі права на розумні строки розгляду, право на неупереджений суд, право на залучення і допит свідків тощо) лише у другій половині XX століття. Право на справедливий суд виступає необхідною передумовою забезпечення та належної реалізації всіх інших прав людини і грома-

дянина. Аргументується, що витоки концепції справедливого суду слід шукати ще у праві Давнього Риму. Висувається теза, що власне поняття «справедливий» знаходиться в нерозривному діалектичному взаємозв'язку з поняттям «закон». Виявлено, що концепція справедливого суду («fair trial») походить з англо-саксонського права і була вперше використана як характеристика судового процесу ще у XVIII ст. Однак на той час вона була в значному ступені суб'єктивною та характеризувалась фрагментарністю і малозастосованістю.

Відзначається, що вперше в міжнародних документах концепція справедливого суду знайшла своє втілення наприкінці 1940-х років, а першим таким документом стала Загальна декларація прав людини 1948 р., в наступні роки отримавши суттєве змістовне розширення і розвиток. Водночас активно почала застосовуватись формула Радбруха, що досить часто використовувалась у судовій практиці Федеральної Республіки Німеччина. Підсумовується, що, попри те, що концепція справедливого суду в умовах сучасної державно-правової дійсності вже давно є певним «золотим стандартом» правосуддя, вона є динамічною і постійно розвивається та змінюється, а сучасне розуміння права на справедливий суд не є остаточно визначеним ані в міжнародному, ані в національному законодавстві.

Ключові слова: суд, справедливий суд, право на справедливий суд, права людини, конституційно-правова доктрина, справедливість.

Summary

Zavalniuk I. V. Evolution of the concept of “fair trial” in the constitutional and legal doctrine. – Article.

The concept of a fair trial began to be used in law relatively recently. Since the beginning of its appearance in the eighteenth century, having undergone a substantial transformation, the concept of a fair trial in the modern sense began to embody the main idea – the observance of the rights of a party in court proceedings (including the right to a reasonable time for consideration, the right to an impartial court, the right to bring and interrogation of witnesses, etc.) only in the second half of the twentieth century. The right to a fair trial is a necessary condition for ensuring and proper realization of all other human and civil rights. It is argued that the origins of the concept of a fair trial should be sought in the law of Ancient Rome. The thesis is put forward that the very concept of “justice” is in an indissoluble dialectical relationship with the concept of “law”. It was revealed that the concept of a “fair trial” originates from Anglo-Saxon law and was first used as a characteristic of a judicial process in the eighteenth century. However, at that time it was largely subjective and characterized by fragmentation and infrequent use.

It is noted that for the first time in international documents the concept of a fair trial was embodied in the late 1940s, and the first such document was the Universal Declaration of Human Rights of 1948, which in subsequent years received significant substantive expansion and development. At the same time, the Radbruch formula began to be actively applied, and it was often used in the judicial practice of the Federal Republic of Germany. It is summarized that despite the fact that the concept of a fair trial in the conditions of modern state legal reality has long been a certain “gold standard” of justice, it is dynamic and constantly evolving and changing, and the modern understanding of the right to a fair trial is not definitively defined either in international or national legislation.

Key words: court, fair trial, right to a fair trial, human rights, constitutional and legal doctrine, justice.

УДК 342.565.2
DOI <https://doi.org/10.32837/ryuv.v0i4.614>

О. В. Кузьменко
orcid.org/0000-0001-8870-3285
кандидат педагогічних наук, доцент,
доцент кафедри права
Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут»

Г. В. Берченко
orcid.org/0000-0002-0365-9009
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СТАТУС КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК СУДОВОГО ОРГАНУ ВЛАДИ

Час від часу в науковій літературі лунають заперечення судового статусу щодо Конституційного Суду України (далі – КСУ). Особливої актуальності ця дискусія набула після внесення змін до Конституції України у 2016 році, за якими КСУ більше не згадується у відповідному розділі Конституції України «Правосуддя». Крім того, судовий характер юридичної природи КСУ був поставлений під сумнів Верховним Судом у постанові Великої Палати від 14 березня 2018 року по справі № П/800/120/14. Саме тому потрібно ще раз звернутися до доктринальних джерел спеціалізованого конституційного контролю, а також проаналізувати інші важливі аргументи в цій дискусії.

Метою статті є з'ясування статусу КСУ як судового органу влади. Завданнями статті є: розкрити зміст дискусії між Гансом Кельзенем і Карлом Шміттом щодо природи конституційного суду; з'ясувати зміст і наслідки конституційної реформи 2016 року в частині статусу КСУ; з'ясувати аргументи щодо відповідності КСУ критеріям ст. 6 Європейської конвенції з прав людини.

З самого початку виникнення ідеї особливого конституційного суду лунали досить рішучі заперечення проти необхідності його існування. Передусім йдеться про суперечку Ганса Кельзена (автора ідеї створення конституційного суду) й Карла Шмітта (автора праці «Гарант конституції»). Розглянемо аргументи К. Шмітта й відповідь на них Г. Кельзена.

По-перше, на думку К. Шмітта, судовий захист конституції може бути лише частиною установ захисту й гарантій конституції, та було б украй поверхово не помічати дуже вузьких кордонів будь-якого правосуддя та забувати багато інших видів і методів гарантій конституції [1, с. 42].

По-друге, саме по собі право судової перевірки робить суди, які приймають рішення в процесі, гарантами конституції лише в умовах держави юстиції, де під контролем звичайних судів перебуває все суспільне життя, та лише в тому випадку,

якщо під конституцією розуміються насамперед основні права буржуазної правової держави, особиста свобода й приватна власність, які повинні захищатися звичайними судами щодо держави, тобто законодавства, уряду й управління [1, с. 45].

По-третє, юстиція залишається обмеженою насамперед законом, і від того, що вона ставить свою прив'язку до конституційного закону вище прив'язки до простого закону, вона не стає гарантом конституції. Вона не може виконувати подібні функції в державі, яка не є чистою державою юстиції [1, с. 53].

По-четверте, наскільки взагалі можливо конституювати гаранта конституції всередині сфери юстиції? Чи може функція гаранта конституції в цілому здійснюватися у формі юстиції? І чи є подібна діяльність, навіть якщо її здійснення оточене невидимістю форми юстиції, дійсно юстицією, а форма юстиції чимось іншим, оманливим покровом для іншого роду – й в будь-якому разі політичного – повноваження [1, с. 59]?

По-п'яте, якби конституційна юстиція була юстицією конституційного закону над простим законом, то це було б юстицією однієї норми як такої над іншою нормою як такою. Але не існує юстиції норми над нормою, принаймні до тих пір, поки поняття «норма» зберігає певну точність, і це слово не перетворюється просто у вираз з дюжиною паралельних, бокових і задніх дверей, тобто в засіб безмежної багатозначності, для чого воно, до речі, прекрасно підходить із висновків безпредметного формалізму, який перевертає справу з ніг на голову й називає законом все, що законодавчі органи здійснюють у формах законодавства, а юстицією – все, що робить суд; суддя незалежний, – таким чином, кожен, хто незалежний, є суддя; таким чином, все, що незалежний орган здійснює під захистом своєї незалежності, є юстиція; ergo достатньо передати розв'язання всіх конституційних суперечок і розбіжностей незалежним суддям, та отримаємо «конститу-

ційну юстицію». За допомогою такого роду формальних понять все можна підігнати під усе; все може стати юстицією, але точно так само – «нормою» та встановленням норми, а зрештою – конституцією. Відповідна конституції організація перетворюється у світ оманливих фікцій під час розгляду сумнівів і розбіжностей про те, чи існує суперечність між двома нормами, не одна норма застосовується до іншої, оскільки сумніви й розбіжності зачіпають лише зміст конституційного закону, але насправді усувається сумнів щодо змісту норми, яке виявляється у своїй автентичності. По суті, це є усунення неясності щодо змісту конституційного закону, й тому визначення змісту закону, а отже, законодавство, навіть конституційне законодавство, а не юстиція [1, с. 82].

Відповіді на ці всі аргументи надав сам Ганс Кельзен в опублікованій роботі «Хто має бути гарантом Конституції». На його думку, звичайно, щодо доцільності подібного інституту можна сперечатися. Ніхто не стане стверджувати, що він за будь-яких обставин є абсолютно дієвою гарантією. Але з будь-яких точок зору, з яких можна торкатися та вирішувати рго і contra щодо такої проблеми правової політики, як центральний конституційний суд, не має ніякого значення те, чи є цей орган «судом», а його функція – справжньою «юстицією». Хоча з боку теорії права це дуже значуще питання класифікації. Але з відповіді на нього – позитивної або негативної – просто не впливає нічого такого, що говорило б «за» чи «проти» передачі названої функції колегіальному органу, в якому його члени були б повністю незалежні. Тут мається на увазі незалежність відносно уряду й парламенту, яка називається «судовою», оскільки в сучасних конституціях її намагаються надати судам (втім, не тільки їм). Робити висновок про неможливість або марність названого тут «конституційним судом» інституту, виходячи з інтерпретації поняття «юстиція», було б типовим випадком «юстиції понять», яка нині може вважатися вже застарілою [2, с. 366].

Врешті-решт саме підхід Кельзена був обраний багатьма європейськими країнами. Нагадування про цю дискусію є вкрай важливим нині. Адже нагадаємо, що у 2016 році з тексту Конституції України вилучене положення ч. 1 ст. 147 (в старій редакції) про те, що «Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні», а також ч. 3 ст. 124 (в старій редакції) про те, що «Судочинство здійснюється Конституційним Судом України й судами загальної юрисдикції».

Пояснювальна записка до законопроекту про внесення змін до Конституції України містить таку тезу: «Відповідно до рекомендацій Венеціанської Комісії та з огляду на правову природу Конституційного Суду України законопроект виокремлює Конституційний Суд України

як самостійну й відмінну від судів інституцію» [3]. Водночас ані у попередньому висновку CDL-PI(2015)016 від 24 липня 2015 року [4], ані в остаточному висновку (документ CDL-AD(2015)027) від 23 жовтня 2015 року [5] ми відповідних думок Венеціанської комісії не знайдемо.

Натомість у Висновку щодо проєкту Конституції України від 21 травня 1996 р. CDL-INF(96)6 стосовно тексту, затвердженого Конституційною комісією 11 березня 1996 р. Венеціанська комісія схвально оцінила положення щодо Конституційного Суду. Вона зазначала, що існування постійного Конституційного Суду «цілком відповідає поширеній у нових демократіях практиці захисту конституційності свого власного правового порядку за допомогою спеціального, постійного й незалежного *судового* органу» [6, с. 264] (курсив наш – авт.).

Як бачимо, судовий статус Конституційного Суду України зовсім не заперечувався Венеціанською комісією, навпаки – він схвалювався. Та й навіть сама назва «Суд» не мала залишати жодних сумнівів – йшлося саме про судовий орган, наділений спеціальною конституційною юрисдикцією. Органом конституційної юрисдикції визнає Конституційний Суд України й профільний Закон України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року № 2136-VIII (ст. 1), хоч і втративши водночас, у порівнянні з попереднім конституційним формулюванням, прикметник «єдиний».

Так само М.В. Шепітько відносить КСУ разом з іншими судами до органів судової влади в Україні, на його думку, КСУ є органом судової влади також відповідно до ст. 6 Конституції України [7, с. 229]. Можна певною мірою погодитися з М.В. Савчиним, що насправді зміни 2016 року суттєво не відбилися на реальному правовому статусі КСУ [8, с. 494].

Водночас не виключено, що саме відповідні вагання в теорії та практиці конституційного реформування щодо статусу Конституційного Суду України справили вплив на підхід Верховного Суду, який був використаний в одному з рішень, пов'язаному з оскарженням звільнення судді Конституційного Суду України парламентом. Верховний Суд назвав Конституційний Суд України «більшою мірою політичним, ніж судовим органом» (постанова Великої Палати від 14 березня 2018 року по справі № П/800/120/14) і відмовився визнавати його судом у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод від 4 листопада 1950 року (далі – ЄКПЛ).

У рішенні від 09 січня 2013 року у справі «Олександр Волков проти України» Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) піддав критиці процедуру притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності парламентом на парламентському комітеті й пленарному засіданні, зазначивши, що пленарне засідання не було належним місцем

для розгляду питань факту й права, оцінки доказів та юридичної кваліфікації фактів. ЄСПЛ поставив під сумнів належну роль політиків, які засідають у парламенті й від яких не вимагається мати будь-який юридичний або судовий досвід умовстановленні складних питань факту й права в такому випадку.

На думку Верховного Суду, існують суттєві відмінності між обставинами, які були предметом розгляду ЄСПЛ у зазначеній вище справі, й обставинами справи, що розглядається. Згідно із ч. ч. 1, 2 ст. 148 Конституції України (в редакції, чинній на час виникнення спірних правовідносин), Конституційний Суд України складається з вісімнадцяти суддів Конституційного Суду України. Президент України, Верховна Рада України й з'їзд суддів України призначають по шість суддів Конституційного Суду України. Зазначене вказує на політичний характер формування цього органу конституційної юрисдикції.

Крім того, на думку Верховного Суду, Конституційний Суд України не розглядає конкретні юридичні справи в спорах між певними суб'єктами права, а може визнавати неконституційними нормативні акти (тобто діяти як негативний законодавець) і здійснювати обов'язкові для застосування тлумачення Основного Закону й за чинною на той час редакцією Конституції України тлумачення законів (тобто діяти як позитивний законодавець). Ці обставини суттєво відрізняють Конституційний Суд України від судів загальної юрисдикції, оскільки зазначене вище свідчить про те, що цей орган є більшою мірою політичним, ніж судовим.

Те, що Конституційний Суд України не є судом у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод від 04 листопада 1950 року, на думку Верховного Суду, впливає також із рішень Європейського суду з прав людини у справах «Фішер проти Австрії» та «Цумтобель проти Австрії».

Звернемося до цих рішень. У рішенні по справі *Fischer v. Austria* від 26 квітня 1995 року п. 28-29 ЄСПЛ нагадує, що відповідно до ст. 6 п. 1 (ст. 6-1) Конвенції необхідно, щоб під час визначення «цивільних прав та обов'язків» рішення, прийняті адміністративними органами, які самі не відповідають вимогам цієї статті (ст. 6-1), підлягало подальшому контролю з боку «судового органу, який має повну юрисдикцію». Австрійський Конституційний суд не має необхідної юрисдикції. Його перегляд зводиться до встановлення відповідності адміністративного рішення Конституції. Він може навіть відмовитись розглядати по суті скаргу, коли «не можна очікувати, що рішення роз'яснить питання конституційного права». Аналогічна теза звучить і в рішенні від 21 вересня 1993 року у справі *Zumtobel v. Austria*, п. 30: «Конституційний Суд не мав повноважень, передбачених п. 6 ст. 6. 1 (ст. 6-1)».

Доречно було б, якби Верховний Суд пояснив, що саме в компетенції КСУ, на його думку, є таким, що дозволяє релевантно, *mutatis mutandis*, застосувати згадані рішення ЄСПЛ у справах проти Австрії до українського випадку й через них не вважати КСУ судом у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Відсутність уточнень і пояснень із цього приводу з боку Верховного Суду виглядає, як мінімум, дуже дивним, а як максимум, схиляє до припущення щодо навмисного з його сторони видання бажаного за дійсне й ігнорування (приховування) аргументів, які «не вписуються» в бачення Верховного Суду. Адже ЄСПЛ неодноразово визнавав національні конституційні суди «судом, встановленим законом» саме в розумінні відповідної ст. 6 Конвенції. Очевидно, що відповідний підхід у тому чи іншому рішенні може бути зумовлений національною специфікою повноважень конкретного конституційного суду. Мало того, ЄСПЛ використовує власне, автономне тлумачення терміну «суд».

Крім того, кейс Олександра Волкова полягав взагалі в іншому – йшлося про те, що український парламент порушив ст. 6 Конвенції не тому, що звільнив саме суддю, а тому, що сам парламент не відповідав критеріям, що ставляться до суду в ст. 6 ЄКПЛ. Інакше кажучи, звільняючи суддю, парламент фактично виконав функцію суду, якщо знову ж таки пам'ятати про автономне тлумачення ЄКПЛ. Тому Верховний Суд перевернув усе догори ногами. Він абсолютно недоречно почав пояснювати, чому КСУ не є судом, причому вкрай тенденційно, посилаючись лише на частину практики ЄСПЛ, ігноруючи решту рішень, а також сам принцип автономного тлумачення ЄКПЛ. Натомість виходячи з обставин справи, Верховному Суду потрібно було б пояснити інше – чому парламент, звільняючи суддів КСУ, сам не порушив ст. 6 Конвенції, виконавши функцію суду. І тут ми побачимо різку схожість справи Олександра Волкова зі звільненням суддів КСУ парламентом у 2014 році.

Проте оскільки вже Верховний Суд підняв питання відповідності самого КСУ критеріям «суду», то варто навести протилежну практику ЄСПЛ, в якій той визнавав національні конституційні суди судами в розумінні ст. 6 Конвенції. Так, зокрема, це рішення по справах: *Ruiz-Mateos v. Spain* від 23 червня 1993 року, *Sußmann v. Germany* від 16 вересня 1996 року, *Pammel v. Germany* від 01 липня 1997 року, *Trippel v. Germany* від 4 грудня 2003 року, *Voggenreiter v. Germany* від 8 січня 2004 року, *Mežnarić v. Croatia* від 15 липня 2005 року, *Milatova v. the Czech Republic* від 21 червня 2005 року, *Švarc and Kavnik v. Slovenia* від 8 лютого 2007 року, *Gaspari v. Slovenia* від 21 липня 2009 року, *Oršuš and Others v. Croatia* від 16 березня 2010 року, *Kübler v. Germany* від

13 січня 2011 року, *Juričić v. Croatia* від 26 липня 2011 року, *A.K. v. Liechtenstein* від 9 липня 2015 року.

Невизнання дії ст. 6 Конвенції щодо Конституційного Суду України – досить далекосяжна позиція, оскільки йдеться передусім про доступ громадян до Суду й стандарти розгляду скарг. Адже за цією логікою, наприклад, затягування Конституційним Судом України з розглядом скарг або порушення стандартів судового розгляду (саме в цьому були найпоширеніші випадки порушення ст. 6 Конвенції), якщо його не вважати судовим органом, а натомість вважати політичним, жодним чином не порушує право на судовий захист і справедливий суд.

Насправді політичність суду, яку приписує Конституційному Суду України Верховний Суд як щось саме собою зрозуміле, в міжнародній практиці протиставляється незалежності суду. Так, у висновку Венеціанської комісії щодо проекту Закону про Конституційний Суд Чорногорії зазначалося: «Загальне повноваження Суду, що передбачає можливість відкрити провадження за власною ініціативою, робить Суд учасником політичного процесу, й Суд може втратити свій незалежний статус. Кожне рішення про прийняття справи до провадження або відмова від цього може бути сприйнято як політичний вибір» (п. 50, CDL-AD (2008)030). Національна практика також рухається шляхом заперечення політичності діяльності конституційних судів. Так, німецька доктрина виходить із того, що рішення Федерального конституційного суду не є політичними, водночас Федеральний конституційний суд визнається саме органом судочинства [9, с. 288–289].

На думку Ричарда А. Познера, Конституційний суд, до складу якого входять невиборні судді з довічним терміном перебування на посаді, дії котрих у розв'язанні водночас емоційно навантажених і політично забарвлених питань скеровуються лише застарілим і у своїх засадничих уривках дуже нечітко визначеним статутом, який так само стійкий до внесення поправок, як і американська конституція, – приречений на звання впливового політичного органу, якщо тільки (незалежно від можливостей, що надаються суддям Верховного Суду) суддям у ньому якимсь чином вдається поводитись, як звичайним суддям [10, с. 326]. Як зазначає Р. Алексі, конституційний суд фактично сприймається як рефлексивна інстанція в політичному процесі [11, с. 189].

А от на думку І.Д. Сліденко, практика будь-якого органу, що здійснює конституційний контроль, не стільки є застосуванням готової норми, скільки застосуванням доцільності й розсуду до готової норми. Таким чином, на думку вченого, спеціальний орган конституційного контролю – скоріше орган адміністрації, ніж суд [12, с. 140].

Варто погодитися з тим, що позапарламентський контроль конституційності з інституту суворо правового набув у процесі свого розвитку риси політичного інституту, втілюючись у нинішню форму змішаного інституту, який незмінно – більшою чи меншою мірою – якщо навіть і не є політичним по своїй суті, породжує політичні наслідки (часто досить далекосяжні) [8, с. 21]. Саме в цьому розумінні й варто розглядати політичне значення Конституційного Суду України, а не протиставляти його праву або ж належності до судової влади чи правосуддя.

На наше глибоке переконання, визнання поза-судового статусу Конституційного Суду України або ж його політичного, а не правового характеру принижує його роль і не сприяє злагодженому функціонуванню судових механізмів захисту прав людини. Один із прикладів – проблеми, що виникають під час перегляду судових рішень за виключними обставинами, якщо Конституційним Судом України встановлена конституційність (неконституційність) закону, що особливо актуалізувалося нині – в процесі функціонування інституту конституційної скарги [13]. Саме на вдосконалення цих механізмів і потрібно звертати увагу насамперед.

Таким чином, можна сформулювати **висновок** по те, що шлях створення окремого конституційного суду, який був обраний в Європі внаслідок «перемоги» аргументів Ганса Кельзена над аргументами Карла Шмітта, навряд чи варто піддавати ревізії. Така ревізія ставить під сумнів сам факт існування, авторитет і роль Конституційного Суду в механізмі захисту прав людини, а також юридичну силу його рішень, власну юрисдикцію, його інституційну незалежність, що забезпечується саме судовим статусом (за Кельзеном), створює невизначеність щодо місця в судовій системі шляхом потенційної конкуренції з Верховним Судом як «найвищим судом у системі судоустрою України» (ч. 3 ст. 125 Конституції в чинній редакції). Відповідне занепокоєння (щодо конкуренції з Верховним Судом) набуло свого конкретного вияву під час визнання Конституційного Суду України політичним органом, а також заперечення Верховним Судом поширення на Конституційний Суд України ст. 6 ЄКПЛ.

Література

1. Шмітт К. Гарант конституції. *Государство: право и политика*. Москва : Издательский дом «Территория будущего», 2013. С. 27–220.
2. Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции. *Государство: право и политика* / К. Шмітт. Москва : Издательский дом «Территория будущего», 2013. С. 359–411.
3. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209.

4. Венеціанська комісія. Попередній висновок CDL-PI(2015)016 від 24 липня 2015 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_PI_2015_016_2015_07_24.pdf.

5. Венеціанська комісія. Остаточний висновок CDL-AD(2015)027 від 23 жовтня 2015 року. URL: <https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/visnovok%2026.pdf>.

6. Венеціанська комісія. Висновок щодо проекту Конституції України від 21 травня 1996 р. CDL-INF (96)6 щодо тексту, затвердженого Конституційною комісією 11 березня 1996 р. *Конституція незалежної України*. Кн. 2. Ч. 1. Київ : Українська правнича фундація, 1997. С. 245–268.

7. Шепітько М.В. Злочини у сфері правосуддя: еволюція поглядів та наукові підходи до формування засобів протидії. Харків : Право, 2018. 408 с.

8. Конституционная юстиция в странах Восточной Европы: проблемы теории и практики / отв. ред. Я. Залесны. Москва : Норма, 2020. 672 с.

9. Государственное право Германии: сокращенный перевод немецкого семитомного издания. Москва : Ин-т гос. и права РАН. Т. 1. 1994. 312 с.

10. Познер Р. Як мислять судді. Харків : Акта, 2012. 455 с.

11. Алексі Р. Інституціоналізація прав людини в демократичній конституційній державі *Філософія прав людини* / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломана ; пер. з нім. Київ : Ніка-Центр, 2008. С. 172–189.

12. Сліденко І.Д. Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, праксіологічних, синергетичних аспектів : монографія. Київ : Істина, 2010. 624 с.

13. Берченко Г.А. Право НАБУ обращаться в суд с исками о признании сделок недействительными противоречит Конституции: возможен ли пересмотр решения суда? *Бухгалтер*. 2019. № 47. С. 14–15.

Анотація

Кузьменко О. В., Берченко Г. В. Статус Конституційного Суду України як судового органу. – Стаття.

У статті розглянуто статус Конституційного Суду України як судового органу влади. Розкрито зміст дискусії між Гансом Кельзеном і Карлом Шміттом щодо природи конституційного суду. З'ясовано зміст і наслідки конституційної реформи 2016 року в частині статусу Конституційного Суду України. З'ясовано аргументи щодо відповідності Конституційного Суду України критеріям ст. 6 Європейської конвенції з прав людини. Зроблено висновок про те, що шлях створення окремого конституційного суду, який був обраний в Європі внаслідок «перемоги» аргументів Ганса Кельзена над аргументами Карла Шмітта, навряд чи варто піддавати ревізії. Така ревізія ставить під сумнів сам факт існування, авторитет і роль Конституційного Суду в механізмі захисту прав людини, а також юридичну силу його рішень, власну юрисдикцію, його інституційну незалежність, що забезпечується саме судовим статусом (за Кельзеном), створює невизначеність щодо місця в судовій системі шляхом потенційної конкуренції з Верховним Судом як «найвищим судом у системі судоустрою України» (ч. 3 ст. 125 Конституції в чинній редакції).

Відповідне занепокоєння (щодо конкуренції з Верховним Судом) набуло свого конкретного вияву під час визнання останнім Конституційного Суду України політичним органом, а також заперечення Верховним Судом поширення на Конституційний Суд України ст. 6 Європейської конвенції з прав людини. Визнання позасудового статусу Конституційного Суду України або ж його політичного, а не правового характеру принижує його роль і не сприяє злагодженому функціонуванню судових механізмів захисту прав людини. Європейський суд із прав людини неодноразово визнавав національні конституційні суди «судом, встановленим законом» саме в розумінні відповідної ст. 6 Конвенції. Судовий статус Конституційного Суду України не заперечувався Венеціанською комісією, навпаки – він схвалювався.

Ключові слова: суд, конституційний суд, правосуддя, конституційна реформа, право на справедливий суд.

Summary

Kuzmenko O. V., Berchenko H. V. Status of the Constitutional Court of Ukraine as a judicial body of power. – Article.

The article considers the status of the Constitutional Court of Ukraine as a judicial authority. The content of the discussion between Hans Kelzen and Karl Schmitt on the nature of the constitutional court is revealed. The content and consequences of the 2016 constitutional reform regarding the status of the Constitutional Court of Ukraine have been clarified. Arguments concerning the compliance of the Constitutional Court of Ukraine with the criteria of Art. 6 of the European Convention on Human Rights. It is concluded that the way of creating a separate constitutional court, which was chosen in Europe as a result of the “victory” of Hans Kelzen’s arguments over the arguments of Karl Schmitt, is hardly worth revising. Such a revision calls into question the very existence, authority and role of the Constitutional Court in the mechanism of protection of human rights, as well as the legal force of its decisions, its own jurisdiction, its institutional independence, which is ensured by judicial status (according to Kelzen), creates uncertainty system through potential competition with the Supreme Court as the “highest court in the judicial system of Ukraine” (Part 3 of Article 125 of the Constitution in its current version). The relevant concern (regarding competition with the Supreme Court) found its concrete expression in the recognition of the last Constitutional Court of Ukraine as a political body, as well as the Supreme Court’s objection to the extension of Art. 6 of the European Convention on Human Rights. Recognition of the out-of-court status of the Constitutional Court of Ukraine or its political rather than legal nature diminishes its role and does not contribute to the smooth functioning of judicial mechanisms for the protection of human rights. The European Court of Human Rights has repeatedly recognized national constitutional courts as a “court established by law” within the meaning of Article 6 of the Convention. The judicial status of the Constitutional Court of Ukraine was not disputed by the Venice Commission, on the contrary, it was approved.

Key words: court, constitutional and court, justice, constitutional reform, right to a fair trial.

УДК 342.72

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.615>

О. В. Митник

orcid.org/0000-0001-9141-3019

аспірантка кафедри конституційного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

керівник експертної групи з прав людини

Директорату стратегічного планування та європейської інтеграції

Міністерства юстиції України

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО ЗАХИСТУ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД У МЕЖАХ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Пошук найефективніших способів удосконалення механізмів судового захисту конституційних прав і свобод в Україні у світлі міжнародних та європейських стандартів зумовлює необхідність дослідження засад втілення положень Європейської конвенції з прав людини (далі – Конвенція) та практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у національні конституційні правопорядки.

До того ж ратифікація 16 вересня 2014 року Верховною Радою України та Європейським Парламентом Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, стала важливим кроком на шляху вдосконалення механізму захисту прав і свобод людини й громадянина в Україні. Так, статтею 2 Угоди про асоціацію визначено, що повага до демократичних принципів, прав людини й основоположних свобод, а також повага до принципу верховенства права повинні формувати основу внутрішньої та зовнішньої політики Сторін та є основними елементами цієї Угоди [8].

Отже, в цьому контексті важливо дослідити особливості судового захисту конституційних прав і свобод у межах Європейської системи, зокрема в частині функціонування Європейського суду з прав людини й Суду Європейського Союзу (далі – ЄС).

Огляд джерел із досліджуваної тематики. Питання прав людини, функціонування режимів їх захисту достатньо широко досліджено в працях як українських науковців (П. Рабіновича, С. Шевчука, С. Головатого, О. Марцеляка, М. Савчина, М. Гнатівського, О. Базова, Т. Комарової, О. Поліванової та інших), так і представників іноземних правничих шкіл (Д. Віткаускаса, Ж. Жерард, Ж.-Фр. Ренуччі, Д. Шпільмана, Ф. Воленшлягера, М. Манукяна й інших).

Мета статті полягає в дослідженні ключових особливостей функціонування механізму судового захисту конституційних прав і свобод людини на рівні Європейської системи захисту, зокрема Ради Європи та Європейського Союзу. Задля до-

сягнення мети дослідження нами були поставлені такі завдання:

1) дослідити генезис становлення та розвитку Європейської системи захисту прав людини;

2) виявити особливості функціонування системи захисту прав людини в межах Ради Європи;

3) зрозуміти правову природу судового захисту, що здійснюється ЄСПЛ, у тому числі через виявлення відмінностей у механізмі захисту, який здійснює ЄСПЛ, у порівнянні з національними й іншими міжнародними судами;

4) здійснити аналіз правової природи Суду ЄС у контексті захисту прав людини, а також дослідити сутність «конкуренції юрисдикцій», що виникає в площині взаємодії ЄСПЛ і Суду ЄС.

Виклад основного матеріалу. Після створення в 1945 році Організації Об'єднаних Націй було закладено підвалини функціонування міжнародного режиму захисту прав людини – однією із цілей ООН є просування та заохочення поваги до прав людини й основних свобод для кожного без різниці щодо раси, статі, мови чи релігії (абзац третій статті 1 Статуту ООН) [9]. Згодом ідея об'єднання довкола прав людини знайшла своє відбиття на регіональних рівнях – так виникають регіональні системи захисту прав людини (Європейська, Міжамериканська, Африканська, Азійська тощо). Так, на тлі розрухи й страждань людини під час Другої світової війни, а також розбудови й відновлення після війни ідея європейської інтеграції привела до створення Ради Європи в Страсбурзі в 1949 році. Саме із цією подією пов'язують виникнення Європейської системи захисту прав людини.

Натепер можна говорити про *функціонування декількох систем захисту прав людини в Європі*, серед яких Рада Європи, Європейський Союз (ЄС) та Організація з безпеки й співробітництва в Європі. На думку Ж.-Фр. Ренуччі (*Jean-François Renucci*), вищезгадані Європейські системи слід розглядати не як конкурентні, а як взаємодоповнюючі, хоча не виключене існування певної напруги між цими організаціями з окремих питань [16, с. 6–7]. Водночас із боку аналізу механізму судового захисту прав людини найдоцільнішим видається дослідження функціонування двох систем: Ради

Європи, в межах якої функціонує ЄСПЛ, та ЄС, судовий контроль у межах якого здійснює Суд ЄС.

Система Ради Європи та Європейський суд з прав людини. Як визначено в Преамбулі до Конвенції, метою Ради Європи є досягнення тіснішого єднання між її членами; одним із засобів досягнення цієї мети є забезпечення та розвиток прав людини й основоположних свобод [4]. Для забезпечення дотримання державами їхніх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї створюється ЄСПЛ (стаття 19 Конвенції), юрисдикція якого поширюється на всі питання тлумачення та застосування Конвенції та протоколів до неї (стаття 32 Конвенції) [4].

Для розуміння ролі ЄСПЛ у механізмі судового захисту конституційних прав людини слід надати відповідь на такі питання:

1) Чи здійснює ЄСПЛ саме судовий захист, тобто чи є судом у класичному розумінні чи квазісудовою інституцією?

2) Яким чином ЄСПЛ здійснює судовий захист прав людини: форми, порядок захисту, суб'єкти, які мають право звертатися до ЄСПЛ.

3) Чи є особливості в механізмі захисту, який здійснює ЄСПЛ, у порівнянні з національними й міжнародними судами?

Щодо відповіді на перше питання, пропонуємо виходити з історії розвитку ЄСПЛ. З моменту створення ЄСПЛ у 1959 році держави-члени Ради Європи ухвалили низку протоколів до Конвенції з метою вдосконалення та зміцнення її механізму нагляду. Початкову дворівневу структуру, до складу якої входили Комісія та Суд із прав людини, які засідали кілька днів на місяць єдиним штатним судом, було змінено відповідно до Протоколу № 11 1998 року. Ця зміна поклала край фільтрувальній функції Комісії, що дозволило заявникам передати свої справи безпосередньо до Суду [14].

Виходячи з генезису юрисдикції ЄСПЛ, О. Базов пропонує виокремити 3 етапи його становлення та розвитку:

Перший етап – підготовчий (кінець 40-х років ХХ ст. – до 3 вересня 1959 року – утворення Ради Європи) – пов'язаний із підготовчими діями міжнародної спільноти щодо створення ЄСПЛ. У цей період були прийняті Статут ООН, Загальна декларація прав людини, які стали відправними у формуванні правових норм щодо захисту прав і свобод людини.

Другий етап – формування та діяльність ЄСПЛ як важлива складова частина квазісудового контролю Ради Європи (з 3 вересня 1959 року до 1 листопада 1998 року). Початок цього етапу пов'язаний із набранням чинності Конвенції, відповідно до якої в межах Ради Європи створювалися два конвенційні органи: Європейська комісія з прав людини

та ЄСПЛ. В зазначений період ЄСПЛ мав факультативну юрисдикцію щодо розгляду індивідуальних скарг, оскільки відповідно до статті 25 Конвенції (у редакції 1950 року) тільки Європейська комісія з прав людини мала повноваження приймати заяви про порушення Конвенції.

Третій етап – утворення та діяльність ЄСПЛ як єдиної судової установи Ради Європи (з 1 листопада 1998 року). Створення оновленого Суду було передбачене Протоколом № 11 до Конвенції, який набрав чинності 1 листопада 1998 року [1, с. 40–42].

Натепер, як визначено в статті 32 Конвенції, юрисдикція ЄСПЛ поширюється на всі питання тлумачення та застосування Конвенції та протоколів до неї, подані йому на розгляд відповідно до статей 33 (міждержавні справи), 34 (індивідуальні заяви), 46 (обов'язкова сила рішень Суду) й 47 (консультативні висновки) [4]. Крім того, важливо нагадати, що ЄСПЛ є судом у класичному розумінні, та, як наслідок, повинен діяти за тими ж конституційними обмеженнями, які діють у національних судах [13, с. 376].

Відповідь на друге питання міститься в Конвенції. Зокрема ЄСПЛ розглядає:

Індивідуальні заяви (стаття 34 Конвенції). Суд може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від допущеного однією з Високих Договірних Сторін порушення прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї. Високі Договірні Сторони зобов'язуються не перешкоджати жодним чином ефективному здійсненню цього права. Стаття 35 Конвенції визначає умови прийнятності індивідуальних заяв: Суд може брати справу до розгляду лише після того, як було вичерпано всі національні засоби юридичного захисту, згідно із загально визнаними принципами міжнародного права, й впродовж шести місяців від дати постановлення остаточного рішення на національному рівні [4]. Стаття 34, що гарантує право на подання індивідуальної заяви, надає особам реальне право звернення до суду на міжнародному рівні, вона є однією з основоположних гарантій дієвості системи органів Конвенції – «ключовою частиною механізму» захисту прав людини¹.

Міждержавні справи (стаття 33 Конвенції). Будь-яка Висока Договірна Сторона може передати на розгляд Суду питання про будь-яке порушення положень Конвенції та протоколів до неї, яке допущене, на її думку, іншою Високою Договірною Стороною [4]. З моменту набрання чинності Європейською конвенцією в 1953 році на розгляді ЄСПЛ перебувало 24 міждержавні справи. Більшість скарг стосується кризових ситуацій чи збройних конфліктів, наприклад, методів допиту влади Великобританії з 1971 по 1975 роки під час

¹ Див. детальніше: https://echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_UKR.pdf.

кризи в Північній Ірландії, військових дій Туреччини на Півночі Кіпру в 1974 році, збройного конфлікту між Грузією та Росією у 2008 році й подій, пов'язаних із тимчасовою окупацією Російською Федерацією території Автономної республіки Крим і м. Севастополя, збройної агресії Російської Федерації на Сході України [15].

Зважаючи на те, що Суд уповноважений розглядати індивідуальні заяви, слід зауважити, що він водночас не є черговою інстанцією після національних судів, на що неодноразово наголошено в низці рішень ЄСПЛ. Так, умовою для звернення до ЄСПЛ є вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту, але тільки тих, які ЄСПЛ буде визнано ефективними в розумінні статті 13 Конвенції. До таких засобів включаються не лише проходження оскарження рішень у судах загальної юрисдикції, але й за певних умов реалізація права на конституційну скаргу й захист прав в суді конституційної юрисдикції.

Практикою ЄСПЛ також було вироблено кілька принципів, що безпосередньо *стосуються особливостей захисту в межах ЄСПЛ*.

Принцип субсидіарності. Система захисту прав людини й основних свобод, встановлена Конвенцією, ґрунтується на принципі субсидіарності. Гарантування її застосування покладається передусім на Держави – Сторони Конвенції, а ЄСПЛ повинен втручатися лише тоді, коли держави нехтують своїми зобов'язаннями [6].

Відповідно до принципу субсидіарності, стаття 6 Конвенції не дозволяє ЄСПЛ діяти як суду четвертої інстанції, а саме – заново встановлювати факти справи, знову вивчати утверджені порушення національного законодавства (Бернард проти Франції, п. п. 37–41) і визначати допустимість доказів (Шенк проти Швейцарії, п. п. 45–49). Проте останніми роками ЄСПЛ іноді встановлював порушення статті 6 у зв'язку з тенденцією щодо прийняття суперечливих судових рішень з одного й того ж питання, ухвалених одним і тим самим апеляційним судом [3, с. 13].

Принцип “shared responsibility”, який передбачає, що держава може нести відповідальність перед ЄСПЛ, якщо національні суди не виконали свого обов'язку гарантувати відповідність національного законодавства Конвенції через нагляд або через відсутність компетенції. Важливу роль національних судів також видно з тексту Конвенції, стаття 35 якої передбачає, що ЄСПЛ може розглядати скарги по суті лише в тому випадку, якщо всі національні засоби правового захисту були вичерпані [4]. Як наголошено у п. 25 Висновку № 9 (2006 рік) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо ролі національних суддів у забезпеченні ефективного застосування міжнародного та європейського права, «національні суди від-

повідальні за застосування європейського права. Від них у багатьох випадках вимагається його пряме застосування. Від них також вимагається тлумачення національного права відповідно до європейських стандартів» [2].

Принцип “margin of appreciation” (свобода розсуду), що стосується простору для маневру, який Страсбурзькі органи готові надати національним органам влади, виконуючи свої зобов'язання за Конвенцією.

Таким чином, науковці все частіше звертають увагу на «подвійну» роль ЄСПЛ. Зокрема, ЄСПЛ у низці справ виконує як свою конституційну, так і індивідуальну захисну роль, і у зв'язку із цим Суд прагне надати аргументовані відповідні на питання, які ця комбінація викликає [11, с. 240].

Роль Суду ЄС у механізмі судового захисту конституційних прав і свобод людини в межах ЄС. Відповідно до статті 2 Договору про Європейський Союз (далі – Договір про ЄС), ЄС заснований на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права, поваги до прав людини, включаючи права осіб, що належать до меншин. Європейський Союз визнає права, свободи й принципи, викладені в Хартії основних прав Європейського Союзу. Окрім того, ЄС приєднався до Конвенції, що означає те, що основні права, гарантовані Конвенцією, та те, як вони впливають із загальних конституційних традицій держав-членів, становлять загальні принципи права Союзу (стаття 6 Договору про ЄС). Стаття 6 (1) Договору про ЄС у поєднанні зі статтею 7 (1) закріплює єдині стандарти демократії та прав людини для всіх державних інституцій, тобто й для держав-членів також [10]. Крім того, стаття 7 Договору про ЄС дає Союзу можливість діяти проти держави-члена, яка серйозно й наполегливо порушує принципи статті 6 (1) Договору про ЄС. Як визначено статтею 220 Договору про заснування Європейської Спільноти від 25 березня 1957 року зі змінами, внесеними Ніццьким Договором про внесення змін і доповнень до Договору про Європейський Союз, Договорів про заснування Європейських Співтовариств і деяких пов'язаних з ними актів (2001/С80/01) від 26 лютого 2001 року, Суд ЄС і Суд першої інстанції, кожний у межах своєї юрисдикції, забезпечують дотримання законності під час тлумачення та застосування цього Договору. Водночас Суд ЄС відповідно до Договорів приймає рішення: за позовами держав-членів, інституцій, фізичних чи юридичних осіб; у преюдиційному порядку за запитами національних юрисдикційних органів щодо тлумачення права Союзу чи щодо чинності актів, прийнятих інституціями; в інших випадках, передбачених Договорами (параграф 3 статті 19 Договору про ЄС).

Водночас у своєму висновку від 18 грудня 2014 року Суд ЄС визнав, що сукупність прав лю-

дини, гарантованих Конвенцією, складають систему принципів права, які він поважає і застосовує у своїй практиці на засадах комплементарності [7, с. 112].

Як слушно зауважує Фердинанд Волленшлягер (*Ferdinand Wollenschläger*), у межах Європейського Союзу діють різні режими захисту основоположних прав, які часто перетинаються: національні режими, а в державах, що мають федеральну систему – навіть субнаціональні режими захисту, режими захисту відповідно до Хартії основних прав ЄС і Конвенції. Наведене порушує проблему визначення відповідної сфери їхнього застосування, що є питанням не лише матеріального, але й процесуального права, оскільки захист покладається на різні суди, зокрема Суд ЄС, ЄСПЛ і національні конституційні суди. Це також делікатне й суперечливе питання, оскільки можуть виникати конфлікти юрисдикцій та установ [18].

У цьому контексті М. Савчин звертає увагу на наявність так званої «конкуренції судових юрисдикцій». Конкуренція юрисдикцій може виникати по різних лініях, наприклад:

а) верховні суди й наднаціональні інституції (Суд ЄС);

б) конституційні суди, які захищають верховенство конституції, та наднаціональні суди;

в) конституційні суди, верховні суди й міждержавні суди (ЄСПЛ).

Ці комбінації можуть варіюватися в залежності від конкретних обставин справи й правового стилю інтерпретації правових актів та юридичної аргументації рішень судами [7, с. 297].

На думку Елізи Равасі (*Elisa Ravasi*), подвійна система захисту прав людини в Європі, втілена Європейським судом із прав людини й Судом ЄС, привела до ситуації, коли всі держави-члени ЄС зобов'язані поважати Конвенцію, а ЄС – ні. Ця інституційна незалежність зберігається між двома міжнародними організаціями, хоча дедалі більше повноважень передано державами до Союзу в рамках інтеграційного процесу, що має наслідки для громадян ЄС. Дійсно, хоча права система ЄС набуває все більше регуляторних повноважень, що безпосередньо зачіпають фізичних осіб та їхні основні права, акти й заходи, передбачені законодавством ЄС, залишаються, в принципі, поза межами компетенції ЄСПЛ. Таким чином, захист, що надається ЄС, не може повністю замінити захист спеціалізованого зовнішнього суду, такого як ЄСПЛ [12].

З урахуванням наявних конституційних традицій держав-членів ЄС як положення Хартії основних прав ЄС, так і положення Конвенції імплементуються (трансформуються) в національні правові порядки за допомогою різних механізмів, на що впливає панівна доктрина, стан законодавства, а також адміністративна й судова практика.

На відміну від Конвенції, положення якої трансформуються в національні правові порядки через індивідуальні заходи й заходи загального характеру, зокрема через перегляд сталої судової практики на підставі рішень Суду, рішення Суду ЄС, ухвалені на підставі установчих актів ЄС, зокрема Хартії основних прав людини, мають імперативний характер [7, с. 287].

Окрім нагального питання фактичного захисту прав людини, існування двох дублювальних, але незалежних міжнародно-правових систем також викликає серйозне занепокоєння з боку правової безпеки. Виникають дві основні проблеми: з одного боку, ризик різної юриспруденції та суперечливі зобов'язання ЄС і Суду щодо одних і тих же держав; з іншого боку, наявність асиметричних зобов'язань щодо скарг на акти ЄС перед ЄСПЛ. Перша проблема – це прямий наслідок того, що два незалежні міжнародні суди – ЄСПЛ і Суд ЄС – розв'язують подібні питання прав людини, що стосуються тих самих держав, без чіткої інституційної координації, щоб уникнути суперечностей [12].

Водночас науковці наголошують на існуванні низки спільних і відмінних рис між ЄСПЛ і Судом ЄС у частині захисту прав людини. Так, обидва суди належать до наднаціональної або міжнародної та примусової юрисдикції. Причиною їх створення був зовнішній судовий контроль за відповідними державами-членами. Мало того, обидва суди створені для забезпечення дотримання правил договорів, що їх встановлюють [12].

Європейський суд і Суд ЄС мають різні місії. Завданням Європейського суду є забезпечення дотримання зобов'язань, взятих Високими Договірними Сторонами відповідно до Конвенції та протоколів до неї, як це передбачено статтею 19 Конвенції. Відповідно до статті 32 Конвенції, «юрисдикція Суду поширюється на всі питання, що стосуються тлумачення та застосування Конвенції та Протоколів <...>». Суд ЄС не є і ніколи не був судом із прав людини. Його завдання полягає в забезпеченні, відповідно до статті 19 (1) Договору про ЄС, дотримання *lex terrae* під час тлумачення та застосування Договорів. Вирішальна різниця між двома судами полягає в їхніх відносинах із державами-членами, що відбивається на характері їхньої судової місії. Зокрема, Страсбурзький суд, відповідно до статті 53 Конвенції, має на меті встановити мінімальний рівень захисту прав людини у всіх сорока семи державах-членах. Конвенція не прагне гармонізувати різні системи захисту основних прав, розроблених на національному рівні, а забезпечити загальну основу [12].

Для Суду ЄС захист основних прав завжди розглядався з урахуванням досягнення цілей Договорів. Дін Шпілльман (*Dean Spielmann*), Голова ЄСПЛ протягом 2012–2015 років, називає це «проінтеграційним підходом до прав людини». Як за-

значила Сіофра О'Лірі (*Siofra O'Leary*) – суддя ЄСПЛ, – на відміну від Страсбурзького суду, Люксембурзький суд є остаточним тлумачем окремої сукупності законів, яка регулюється принципом передачі повноважень («*principe d'attribution*²»). Право Європейського Союзу має перевагу над внутрішнім законодавством держав-членів і має прямий вплив. Таким чином, Люксембурзький суд відіграє роль загального верховного суду Європейського Союзу, головним завданням якого є за допомогою процедури попереднього ухвалення рішення гарантувати перевагу права ЄС. Сенсом існування судової системи ЄС є не забезпечення мінімального захисту основних прав в Європі, а однаковість законодавства ЄС, заснована на принципі рівності держав-членів. Іншими словами, Люксембурзький суд забезпечує рівні умови між усіма державами-членами. Нещодавні приклади судової практики Суду ЄС, включаючи Меллоні (*Melloni*)³ й, найвизначніше, Висновок 2/13⁴, демонструють, що захист основних прав здійснюється лише тою мірою, в якій це не підриває єдності й ефективності права ЄС [17].

Водночас питання конкуренції юрисдикцій, можливо, буде розв'язано найближчим часом. Зокрема, наразі йдеться про поновлення діалогу щодо приєднання Європейського Союзу до Конвенції. Приєднання допоможе гарантувати узгодженість і відповідність між законодавством ЄС і системою Конвенції. Це також забезпечить, що Євросоюз підлягатиме такому самому міжнародному нагляду щодо дотримання прав людини, як і його 27 держав-членів і 20 інших країн Ради

Європи, які не є членами ЄС. Це означає, що громадяни зможуть оскаржити дії ЄС перед Європейським судом із прав людини. ЄС також зможе доєднатись до своїх держав-членів у розгляді справ в Європейському суді з прав людини стосовно порушень, які виникли через законодавство ЄС⁵.

Висновки. Європейська система захисту прав людини як одна з найефективніших регіональних систем захисту характеризується дуалізмом контрольних механізмів. Це, зокрема, дуже яскраво зображено в рамках функціонування двох судових органів: ЄСПЛ (у межах Ради Європи) й Суду ЄС (у межах Європейського Союзу). Дуалізм своєю чергою є наслідком існування двох важливих документів, які визначають каталог прав людини й механізм їх захисту: Конвенції та Хартії основних прав ЄС.

Водночас особливості судового захисту в межах ЄСПЛ зумовлені ключовими принципами: субсидіарності, “shared responsibility” й свободи розсуду (“margin of appreciation”). Отже, особливість правової природи судового захисту, що здійснюється ЄСПЛ, полягає в тому, що ЄСПЛ слідкує за дотриманням державами-учасницями прав, гарантованих Конвенцією та має повноваження застосовувати заходи юридичного впливу на державу-порушника. Якщо держава не виконує своїх зобов'язань із прав людини – лише в такому випадку механізм судового захисту ЄСПЛ може бути застосовано. Окрім того, завдяки функціонуванню ЄСПЛ можна говорити про зближення національних механізмів судового захисту в межах відповідної регіональної системи захисту.

² Відповідно до цього фундаментального принципу права ЄС, викладеного в статті 5 Договору про Європейський Союз, ЄС діє лише в межах компетенції, яку країни ЄС надали йому в Договорах. Ці повноваження визначені у статтях 2–6 Договору про функціонування ЄС. Таким чином, компетенція, не передана ЄС Договорами, залишається за країнами ЄС.

³ Див. *Judgment of the Court (Grand Chamber) 26 February 2013 In Case C-399/11, Stefano Melloni v Ministerio Fiscal*: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0399>.

У зазначеній справі йдеться про конфлікт між національним судом і Судом ЄС зокрема щодо тлумачення статті 53 Хартії основних прав ЄС. Інтерпретація, передбачена національним судом із самого початку, полягала в тому, що стаття 53 Хартії дає загальний дозвіл державі-члену застосовувати стандарт захисту основних прав, гарантований їй конституцією, коли цей стандарт вищий за той, що впливає з Хартії, і, де це необхідно, надати йому пріоритет над застосуванням положень законодавства ЄС. Однак, на думку Суду ЄС, таке тлумачення статті 53 Хартії не може бути прийняте.

Як зазначає Суд ЄС, **норми національного законодавства, навіть конституційного ладу, не можуть дозволити підірвати ефективність права ЄС на території цієї держави.** Дійсно, стаття 53 Хартії підтверджує, що там, де нормативно-правовий акт ЄС вимагає національних імплементаційних заходів, національні органи влади й суди залишаються вільними застосовувати національні стандарти захисту основних прав за умови, що рівень захисту, передбачений Хартією, як тлумачить Суд, і первинність, єдність та ефективність права ЄС цим не порушуються.

⁴ Див. *Opinion 2/13 of the Court (Full Court) on the compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties. ECJ, 18 December 2014. EUR-lex, access to the European Union Law*: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CV0002>.

Висновок Суду ЄС стосувався проєкту угоди щодо приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року. У цьому висновку Суд ЄС зазначив, що Проєкт угоди не сумісний ні з п. 2 ст. 6 ДЕС, ні з Протоколом 8 «Стосовно пункту 2 статті 6 Договору про Європейський Союз щодо приєднання до Європейської Конвенції щодо захисту прав людини й основоположних свобод». Свою позицію Суд ЄС аргументував у п. 258, зазначивши, що Угода «може негативно вплинути на специфічні характеристики й автономію права ЄС, оскільки вона не передбачає координацію між Статтею 53 ЄКПЛ і Статтею 53 Хартії, не запобігає ризику, що принцип взаємної довіри держав-членів відповідно до права ЄС може бути підірваний, не містить положень стосовно взаємодії між механізмом, встановленим Протоколом 16, і процедурою винесення попереднього рішення, передбаченою статтею 267 ДФЕС <...>» [5].

⁵ Див. https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809fbd51.

Водночас у площині взаємодії ЄСПЛ і Суду ЄС існує явище «конкуренції юрисдикцій». Зокрема, виникнення конкуренції юрисдикцій пов'язано з тим, що Договір про створення ЄС, Хартія Основних прав ЄС містять по суті ідентичний перелік прав, як і той, що визначений у Конвенції. Це створює ситуацію, коли одні й ті ж питання розглядаються різними судовими інституціями. Отже, наразі існує практична необхідність розв'язання дискусії в теорії та правозастосуванні щодо меж втілення повноважень ЄСПЛ, Суду ЄС і національних судів у питаннях, що стосуються захисту конституційних прав і свобод людини.

Література

1. Базов О.В. Юрисдикція Європейського суду з прав людини: доктрина та практика : монографія. Київ, 2017. 424 с.
2. Висновок № 9 (2006) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про роль національних суддів у забезпеченні ефективного застосування міжнародного та європейського права. URL: <https://rm.coe.int/opinion-n-9-2006-on-the-role-of-national-judges-in-ensuring-an-effecti/16806a1fba>.
3. Віткаускас Д., Диков Г. Захист права на справедливий суд відповідно до Європейської конвенції з прав людини : посібник для юристів. 2-ге видання. Рада Європи, 2017. 190 с.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
5. Поліванова О.М. Процес приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції з прав людини після Висновку 2/13. Підприємництво, господарство і право. 2020. № 4. С. 385–390.
6. Практичний посібник щодо прийнятності заяв. Рада Європи / Європейський суд з прав людини. 2014. URL: https://echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_UKR.pdf.
7. Савчин М.В. Порівняльне конституційне право : навчальний посібник. Київ, 2019. 328 с.
8. Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part. *OJL* 16. 29.5.2014. P. 3–2137.
9. Charter of the United Nations. URL: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>.
10. Consolidated version of the Treaty on European Union. *OJ C* 326. 26.10.2012. P. 13–390.
11. Gerards J. The European Court of Human Rights. *Comparative Constitutional Reasoning* / eds. A. Jakab, A. Dyevre, G. Itzcovic. Cambridge : Cambridge University Press. P. 237–276. Doi:10.1017/9781316084281.009.
12. Ravasi Ravasi E., Leiden E. Human Rights Protection by the ECtHR and the ECJ : A Comparative Analysis in Light of the Equivalency Doctrine. The Netherlands, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1163/9789004343696>.
13. McCrudden. Judicial Comparativism and Human Rights. Oxford Legal Studies Research Paper No. 29/2007. *COMPARATIVE LAW: A HANDBOOK* / eds. Esin Örüçü, David Nelken. P. 371–398.
14. Overview 1959–2019 ECHR. *European Court of Human Rights*. February 2020. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592019_ENG.pdf.
15. Q & A on Inter-State Cases. *European Court of Human Rights*. October 2020. URL: https://echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Inter-State_cases_ENG.pdf.

16. Renucci Jean-François. Introduction to the European Convention on Human Rights. The rights guaranteed and the protection mechanism. Council of Europe Publishing, 2005. 128 p.

17. The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights Or How to remain good neighbours after the Opinion 2/13. Brussels, 27 March 2017. FRAME Dean Spielmann Judge at the General Court of the European Union Former President of the European Court of Human Rights. URL: http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2017/03/ECHRCJUEdialog.BRUSSELS.final_.pdf.

18. Wollenschläger Ferdinand. Fundamental Rights Regimes in the European Union: Contouring Their Spheres. 2018. DOI: https://doi.org/10.1007/978-981-10-6129-5_2.

Анотація

Митник О. В. Особливості судового захисту конституційних прав і свобод у межах Європейської системи захисту прав людини. – Стаття.

У статті розглянуто ключові особливості функціонування механізму судового захисту конституційних прав і свобод людини на рівні Європейської системи захисту, зокрема Ради Європи та Європейського Союзу. Автором досліджено генезис становлення та розвитку Європейської системи захисту прав людини; виявлено особливості функціонування системи захисту прав людини в межах Ради Європи.

На думку автора, Європейська система захисту прав людини як одна з найефективніших регіональних систем захисту характеризується дуалізмом контрольних механізмів. Це, зокрема, дуже яскраво відбито в рамках функціонування двох судових органів: Європейського суду з прав людини (в межах Ради Європи) й Суду Європейського Союзу (в межах Європейського Союзу). Дуалізм своєю чергою є наслідком існування двох важливих документів, які визначають каталог прав людини й механізм їх захисту: Європейської конвенції з прав людини й Хартії основних прав Європейського Союзу.

У статті аналізуються підходи до розуміння правової природи судового захисту, що здійснюється Європейським судом із прав людини, в тому числі через виявлення відмінностей у механізмі захисту, який здійснює Європейський суд із прав людини, в порівнянні з національними й іншими міжнародними судами. Автором досліджено правову природу Європейського суду з прав людини з боку захисту прав людини й доведено, що особливості судового захисту в межах Європейського суду з прав людини зумовлені ключовими принципами: субсидіарності, “shared responsibility” й свободи розсуду (“margin of appreciation”). Отже, особливість правової природи судового захисту, що здійснюється Європейським судом із прав людини, полягає в тому, що Європейський суд із прав людини слідує за дотриманням державами-учасницями прав, гарантованих Конвенцією, та має повноваження застосовувати заходи юридичного впливу на державу-порушника. Механізм судового захисту Європейського суду з прав людини може бути застосовано лише якщо держава не виконує своїх зобов'язань із прав людини.

Окремо здійснено аналіз правової природи Суду Європейського Союзу в контексті захисту прав людини, а також досліджено сутність «конкуренції юрисдикцій», що виникає в площині взаємодії Європейського суду з прав людини й Суду Європейського Союзу. Зокрема, виникнення конкуренції юрисдикцій пов'язано з тим, що Договір про створення Європейського Союзу, Хартія Основних прав Європейського Союзу містять

по суті ідентичний перелік прав, як і той, що визначений у Європейській конвенції з прав людини. Це створює ситуацію, коли одні й ті ж питання розглядаються різними судовими інституціями. Отже, автором наголошено на практичній необхідності розв'язання дискусії в теорії та правозастосуванні щодо меж втілення повноважень Європейського суду з прав людини, Суду Європейського Союзу й національних судів у питаннях, що стосуються захисту конституційних прав і свобод людини.

Ключові слова: судовий захист, Європейський суд із прав людини, Суд Європейського Союзу, конкуренція юрисдикцій, принцип субсидіарності, принцип свободи розсуду, конституційні права й свободи, Хартія прав Європейського Союзу, Європейська конвенція.

Summary

Mytnyk O. V. Aspects of the judicial protection of constitutional rights and freedoms within the European system for human rights protection. – Article.

The article discusses the key features of the functioning of the judicial mechanism for protection of constitutional human rights and freedoms within the European protection system, in particular the Council of Europe and the European Union. The author studies the genesis of the formation and development of the European system of human rights protection; reveals the peculiarities of the functioning of the human rights protection system within the Council of Europe.

According to the author, the European system for human rights protection, as one of the most effective regional human rights systems, is determined by the dualism of control mechanisms. This is particularly evident in the functioning of two judicial bodies: the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECtHR) (within the Council of Europe) and the Court of Justice (within the European Union). Dualism, in its use, is a consequence of the existence of two necessary documents that define the human rights catalogue and the mechanism for protection: the European Convention on Human Rights (here-

inafter – the Convention) and the EU Charter of Fundamental Rights.

The article analyzes the approaches to understanding the legal nature of the ECtHR's judicial protection, identifying differences in the ECtHR's protection mechanism compared to national and other international courts. The author examines the legal nature of the ECtHR from the point of view of human rights protection and proves that the peculiarities of judicial protection within the ECtHR are determined by the key principles, such as subsidiarity, shared responsibility and margin of appreciation. The difference in the legal nature of the judicial protection provided by the ECtHR is that the ECtHR observes how the States fulfill obligations under Convention. The ECtHR has the legal influence on the State that breaches the Convention as well. The ECtHR's judicial protection mechanism could be applied if only the state does not apply its human rights obligations. Through the functioning of the ECtHR, it is possible to raise the issue of the convergence of national judicial protection mechanisms within the relevant regional protection system.

A separate analysis of the legal nature of the Court of Justice in the context of human rights protection was made. The essence of “competition of jurisdictions”, which takes place in the field of interaction between the ECtHR and the Court of Justice, was determined. Concerning the emergence of competition in jurisdictions, it is indicated that the Treaty establishing the EU, the EU Charter of Fundamental Rights identify the list of rights, as defined by the Convention. It creates a situation where the same issues are dealt with by different judicial institutions. Therefore, the author declares the practical need to resolve discussions in theory and law enforcement on the interstate replenishment of the ECtHR, the Court of Justice and national courts in matters relating to the protection of constitutional human rights and freedoms.

Key words: judicial protection, European Court of Human Rights, EU Court of Justice, competition of jurisdictions, principle of subsidiarity, principle of margin of appreciation, constitutional rights and freedoms, EU Charter of Rights, European Convention.

УДК 342.25

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.616>**В. Р. Нестор***orcid.org/0000-0002-8194-1392*

кандидат юридичних наук

МІСЬКЕ САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ КІНЦЯ ХХ – ПОЧАТКУ ХХІ СТОЛІТЬ

Міське самоуправління в Україні має досить давні історичні коріння. Воно є важливим чинником подальшого вдосконалення самоуправління в цілому, а також життя територіальних громад міст. Адже більшість населення України проживає саме в містах.

У зв'язку із цим важливим практичним завданням є подальше вдосконалення системи міського самоврядування, а важливим теоретичним завданням – належне доктринальне забезпечення цього процесу.

В українській юридичній літературі питання історичного розвитку міського самоврядування розкривається як одно з найважливіших у низці монографічних праць як загального характеру (А.Т. Назарко, В.М. Шкабаро), так і спеціального характеру, тобто, присвячених окремим інститутам міського самоврядування (меру, міській раді, статутам територіальних громад міст тощо). Майже недослідженими залишаються питання міського самоврядування в компаративному аспекті, виключення становлять лише окремі напрацювання Н.В. Мішиної ([1; 2; 3]).

Метою статті є аналіз становлення сучасного міського самоврядування в Україні наприкінці ХХ – на початку ХХІ століть.

Щодо України слід зазначити, що дійсно демократичне місцеве самоврядування почало формуватися лише наприкінці ХХ століття.

Значна кількість дослідників зверталась і продовжує звертатись до історичних питань, пов'язаних із появою та розвитком місцевого самоврядування в цілому й міського самоврядування зокрема. Не є винятком і місцеве самоврядування.

Незважаючи на те, що питання місцевого самоврядування знаходяться в полі зору досить давно, вони здебільшого досліджуються в цілому щодо рівня населених пунктів, або щодо рівня районів, областей. Привертає увагу, що в українській юридичній літературі досить небагато праць присвячено виключно міському самоврядуванню.

Традиційний підхід, відповідно до якого слід спочатку звернути увагу на історію досліджуваного інституту, а вже потім аналізувати сучасні проблеми й виклики сьогодення. У такому випадку дуже часто для їхнього подолання можна звернутися до національного історичного досвіду. Перевагами такого підходу буде, по-перше, те, що цей досвід вже апробовано саме в цій державі, а по-друге, – що є можливість ретельно перевірити

всі переваги й недоліки такого досвіду. Звернення до національних нормативних документів, публікацій вітчизняних вчених, до матеріалів мас-медіа не є утрудненим ані з боку мовного бар'єра, ані з боку доступу до цих джерел інформації.

Відомий дослідник питань місцевого самоврядування в Україні професор О.В. Батанов узагальнив, що «в сучасній муніципально-правовій науці майже не викликає сумнівів, що інститут місцевого самоврядування тісно пов'язаний зі стародавнім громадянським самоврядуванням і, по суті, генетично сходиться до нього. У своєму історичному розвитку інститут місцевого самоврядування на європейському континенті пройшов такі етапи:

- етап полісної демократії (від VI століття до н.е. – до I століття до н.е.);
- римський етап (I століття н.е. – IV століття н.е.);
- етап самоорганізації (IV століття н.е. – кінець XVIII століття);
- сучасний етап (з кінця XVIII століття до тепер)» [4, с. 248].

Професор О.В. Батанов, досліджуючи історію національного місцевого самоврядування, дійшов висновку, що «хронологічно початок становлення в Україні сучасної системи територіальної організації публічної влади пов'язується з 16 липням 1990 р. – днем ухвалення Декларації про державний суверенітет України. У цьому документі вперше за роки існування соціалістичної системи було проголошено відмову від радянської системи публічної влади, декларувався намір запровадити демократичні засади й принципи її організації» [4, с. 272].

Автори одного з найпопулярніших підручників із муніципального права України висловлюють аналогічну думку. Вони узагальнили, що «початок реальному відродженню місцевого самоврядування в сучасних умовах поклали Декларація про державний суверенітет України й прийнятий на її основі й відповідно до неї Закон УРСР від 7 грудня 1990 р. «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР і місцеве самоврядування». Цей Закон вперше в умовах Союзу РСР і радянської влади проголошував принципи місцевого самоврядування та відмову від принципу «демократичного централізму» у відносинах між радами різних рівнів» [5, с. 21].

Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. не містила положень про

місцеве самоврядування. В її положеннях згадувалися лише місцеві бюджети (в контексті податкових надходжень до них, Розділ VI «Економічна самостійність») і місцеві Ради Української РСР (у контексті того, що «Повновладдя народу України реалізується на основі Конституції Республіки як безпосередньо, так і через народних депутатів, обраних до Верховної та місцевих Рад Української РСР» [6]). Варто підкреслити, що в Декларації був Розділ III «Державна влада», однак розділу, присвяченого місцевому самоврядуванню повністю або частково, не було.

Закон Української РСР від 7 грудня 1990 р. «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР і місцеве самоврядування» неодноразово зазнавав змін і доповнень (у тому числі змінювалась і його назва) й був чинним до того, як набув юридичної сили чинний наразі Закон «Про місцеве самоврядування в Україні». Найтриваліший час Закон 1990 р. діяв під назвою «Про місцеві Ради народних депутатів і місцеве й регіональне самоврядування» – відповідні зміни було внесено 26 березня 1992 р., тоді ж Закон було викладено в новій редакції.

Закон 1990 р. у першій редакції передбачав, що:

«Місцеве самоврядування в Українській РСР – це територіальна самоорганізація громадян для самостійного розв'язання безпосередньо або через державні й громадські органи, які вони обирають, усіх питань місцевого життя, виходячи з інтересів населення, на основі законів Української РСР і власної фінансово-економічної бази.

Територіальну основу місцевого самоврядування становлять сільрада, селище, район, місто, район у місті, область» [7].

Отже, самоуправління в містах почало реформуватися в напрямі його подальшої демократизації (саме такий напрям було запроваджено в СРСР рухом під назвою «перебудова»).

Приблизно через пів року після проголошення незалежності України Закон було викладено в новій редакції, а його назву – оновлено. З боку нашого дослідження вагоме те, що положення Закону були угруповані на ті, що мали відношення до місцевого самоврядування, та ті, що регламентували регіональне самоврядування. Самоуправління в містах охоплювалось поняттям «місцеве самоврядування». Відповідно до оновленого тексту Закону:

«місцеве самоврядування в Україні – це територіальна самоорганізація громадян для самостійного розв'язання безпосередньо або через органи, які вони обирають, усіх питань місцевого життя в межах Конституції України, законів України й власної фінансово-економічної бази.

Територіальну основу місцевого самоврядування становлять сільрада, селище, місто.

Органами місцевого самоврядування є сільські, селищні, міські Ради народних депутатів» [8].

В обох редакціях Закону 1990 р. не йшлося окремо про місцеве самоврядування в містах. Усі положення, які стосувались організації самоуправління в них, викладались спільно з аналогічними положеннями для деяких інших адміністративно-територіальних одиниць (наприклад, Глава 1 Розділу III «Державні органи місцевого самоврядування» охоплювала порядок формування, функції та загальну компетенцію всіх місцевих Рад народних депутатів тощо). Певним винятком були статті, які передбачали організацію місцевого самоврядування в районах у містах.

Цікавий той факт, що одним з основних принципів місцевого й регіонального самоврядування стаття 3 передбачала принцип «оптимальної децентралізації». У наступних кодифікованих законах про місцеве самоврядування він вже не згадувався, а до децентралізації публічної влади звернулись лише у 2014 р.

Ознайомлення з текстом обох редакцій Закону 1990 р. свідчить про те, що протягом його чинності відбувалися пошуки демократичної побудови системи місцевого самоврядування, яке було б відокремленим від органів державної влади. Вище було наведено назву одного з розділів цього Закону, в якій згадувались «державні органи місцевого самоврядування». Місцеве самоврядування поки що не розглядалось як прояв муніципальної влади – різновиду публічної влади.

Відповідно до законодавства, яке було чинним до прийняття Закону «Про місцеве самоврядування в Україні», місцеве самоврядування в містах було віднесено до базового рівня місцевого самоврядування. Система місцевого самоврядування передбачала наявність таких органів, які утворювались і функціонували в межах міст:

– міські й районні в містах Ради народних депутатів;

– органи територіального громадського самоврядування (будинкові, вуличні тощо комітети).

Також передбачалось створення виконавчих комітетів як міських, так і районних у містах Рад народних депутатів. Вони вважались виконавчими й розпорядчими органами Рад, які були підзвітні й підпорядковані відповідним Радам. У складі виконавчих комітетів діяли відділи й управління.

Отже, місцеве самоврядування з боку його організації в цілому й організаційно-правової форми зокрема зазнало лише незначних змін після прийняття Конституції України 1996 р. та оновлення кодифікованого закону про місцеве самоврядування. Найбільші зміни стосувались концептуального підходу до місця цього інституту в суспільстві – починаючи з середини 1990-х рр. воно більше не вважалося інститутом державної влади, а стало все частіше характеризуватися як інститут громадянського суспільства, функціонування якого

гарантується державою. Більшість українських фахівців із муніципального права вважають, що публічна влада в Україні представлена двома різновидами: державною владою та місцевим самоврядуванням (муніципальною владою).

Література

1. Мішина Н.В. Деякі особливості муніципального управління в Лондоні. *Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць*. Вип. 22. Одеса : Юридична література, 2004. С. 229–233.
2. Мішина Н.В. Органи самоорганізації населення в Україні: типологія та класифікація. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Том XXVI. Одеса, 2020. С. 81–89.
3. Мішина Н.В. Муніципальне управління в столиці Великої Британії – Лондоні. *Юридичний вісник*. 2015. № 3. С. 260–265.
4. Батанов О.В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : Видавництво «Юридична думка», 2010. 656 с.
5. Погорілко В.Ф., Баймуратов М.О., Бальций Ю.Ю. та ін. Муніципальне право України : підручник. 2-ге вид. доп. Київ : Правова Єдність, 2009. 720 с.
6. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року № 55-ХІІ. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12>.
7. Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР і місцеве самоврядування : Закон Української РСР від 7 грудня 1990 року № 533-ХІІ. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533-12>.
8. Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування : Закон України від 26 березня 1992 року № 2234-ХІІ. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2234-12>.

Анотація

Нестор В. Р. Міське самоврядування в Україні кінця ХХ – початку ХХІ століть. – Стаття.

Міське самоуправління в Україні має досить давні історичні коріння. Воно є важливим чинником подальшого удосконалення самоуправління в цілому, а також життя територіальних громад міст. Адже більшість населення України проживає саме в містах. Щодо України слід зазначити, що дійсно демократичне місцеве самоврядування почало формуватися лише наприкінці ХХ століття.

У зв'язку із цим важливим практичним завданням є подальше удосконалення системи міського самоврядування, а важливим теоретичним завданням – належне доктринальне забезпечення цього процесу.

Метою статті є аналіз становлення сучасного міського самоврядування в Україні наприкінці ХХ – на початку ХХІ століть.

Закон Української РСР від 7 грудня 1990 року «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР і місцеве самоврядування» неодноразово зазнавав змін і доповнень (у тому числі змінювалась і його назва) й був чинним до того, як набув юридичної сили чинний наразі Закон «Про місцеве самоврядування в Україні». Найтриваліший час Закон 1990 року діяв під назвою «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і ре-

гіональне самоврядування» – відповідні зміни було внесено 26 березня 1992 року, тоді ж Закон було викладено в новій редакції.

Міське самоврядування з боку його організації в цілому й організаційно-правової форми зокрема зазнало лише незначних змін після прийняття Конституції України 1996 року й оновлення кодифікованого закону про місцеве самоврядування. Найбільші зміни стосувались концептуального підходу до місця цього інституту в суспільстві – починаючи з середини 1990-х років, воно більше не вважалось інститутом державної влади, а стало все частіше характеризуватися як інститут громадянського суспільства, функціонування якого гарантується державою. Більшість українських фахівців із муніципального права вважають, що публічна влада в Україні представлена двома різновидами: державною владою та місцевим самоврядуванням (муніципальною владою).

Ключові слова: міське самоврядування, місцеве самоврядування, місто, міська територіальна громада, територіальна громада, публічна влада.

Summary

Nestor V. R. City government in Ukraine at the end of the XX – beginning of the XXI centuries. – Article.

Municipal government in Ukraine has quite long historical roots. It is an important factor in further improving self-government in general, as well as the life of territorial communities of cities. After all, the majority of Ukraine's population lives in cities. As for Ukraine, it should be noted that truly democratic local self-government began to form only at the end of the twentieth century.

In this regard, an important practical task is to further improve the system of municipal self-government, and an important theoretical task is the proper doctrinal support of this process.

The aim of the article is to analyze the formation of modern urban self-government in Ukraine in the late XX – early XXI centuries.

The Law of the Ukrainian SSR of December 7, 1990 “On Local Councils of People’s Deputies of the Ukrainian SSR and Local Self-Government” was repeatedly amended and supplemented (including its name), and was in force until the current Law “On Local Councils of People’s Deputies of the Ukrainian SSR and Local Self-Government in Ukraine”. For the longest time, the 1990 Law was entitled “On Local Councils of People’s Deputies and Local and Regional Self-Government” – the relevant amendments were made on March 26, 1992, at which time the Law was reworded.

Local self-government in terms of its organization in general and organizational and legal form in particular has undergone only minor changes since the adoption of the Constitution of Ukraine in 1996 and the update of the codified law on local self-government. The biggest changes concerned the conceptual approach to the place of this institution in society – since the mid-1990s, it is no longer considered an institution of state power, but has become increasingly characterized as an institution of civil society, the functioning of which is guaranteed by the state. Most Ukrainian municipal law experts believe that public power in Ukraine is represented by two types: state power and local self-government (municipal power).

Key words: city government, local government, city, city territorial community, territorial community, public authority.

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 346.3

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.617>*А. М. Бондарчук**orcid.org/0000-0003-4558-5201**юрист**ТОВ «Адвокатська фірма «Лавринович і партнери»*

ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДМЕТА БІРЖОВОЇ ТОРГІВЛІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЮ ПРОДУКЦІЄЮ

Постановка проблеми. Предмет біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією характеризується певними особливостями, що насамперед визначаються спеціальними властивостями та якісними характеристиками відповідної продукції, яка підлягає поставці, обміну, купівлі-продажу або яка є базовим активом інших видів біржових угод. Тому справедливо зауважити, що головна відмінність біржової торгівлі у досліджуваній сфері полягає саме у специфіці предмету торгівлі.

З підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію з ЄС) Україна засвідчила прийняття на себе зобов'язання, зокрема щодо приведення національних стандартів якості сільськогосподарської продукції до європейських вимог. На цьому шляху нашою державою зроблені певні кроки у напрямку імплементації європейських стандартів якості сільськогосподарської продукції, однак у цій сфері залишаються деякі проблемні питання, вирішення яких потребує проведення наукового дослідження.

Аналіз останніх досліджень. Окремі питання щодо особливостей предмету біржової торгівлі досліджували такі науковці, як В.М. Єрмоленко, М.С. Кожух, О.В. Мороз, О.В. Лиса, М.М. Чабаненко та інші. Водночас необхідно зауважити, що у вітчизняній науці господарського права недостатньо дослідженим є питання особливостей предмету біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією.

Постановка завдання дослідження. Метою статті є визначення особливостей предмету біржової торгівлі сільськогосподарської продукції у світлі необхідності імплементації європейських стандартів щодо якості такої продукції.

Виклад основного матеріалу. Визначаючи особливості предмету біржової торгівлі, слід зазначи-

ти, що, як слідує зі змісту ст. 15 Закону України «Про товарну біржу», предметом відповідного виду торгівлі сільськогосподарською продукцією слід вважати укладення біржових угод, зокрема, купівлі-продажу, поставки, обміну сільськогосподарської продукції, що допущена до обігу на біржі. На додаток до цього на аграрній біржі предметом торгівлі можуть бути товарні деривативи, базовим активом яких є відповідна продукція. Інакше кажучи, предметом біржової торгівлі є не власне сільськогосподарська продукція, а біржові угоди щодо такої продукції.

Більш детально зупинимось на характеристиці наведеної вище ознаки предмету біржової торгівлі.

За визначенням, що міститься у Цивільному кодексі України (ЦК України), за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму; за договором міни (бартеру) кожна із сторін зобов'язується передати другій стороні у власність один товар в обмін на інший товар; за договором поставки продавець (постачальник), який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк (строки) товар у власність покупця для використання його у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар і сплатити за нього певну грошову суму [1].

При цьому у ст. 185 Господарського кодексу України (ГК України) до укладення господарських договорів на біржах, оптових ярмарках, публічних торгах застосовуються загальні правила укладення договорів на основі вільного волевиявлення, з урахуванням нормативно-правових актів, якими регулюється діяльність відповідних бірж, ярмарків та публічних торгів [2]. Аналогічні положення містяться у ст. 650 ЦК України [1].

Однак Законом України «Про товарну біржу» або іншими актами, які регулюють діяльність товарних бірж або аграрної біржі, не визначено особливості змісту відповідних договорів. На цій підставі можна зробити висновок про те, що відповідні договори мають включати усі істотні умови, зокрема й щодо предмету, прав та обов'язків сторін, відповідальності тощо.

При цьому слід урахувати, що Законом України «Про товарну біржу» встановлено певні обмеження щодо продукції, яка не може бути предметом біржових угод (біржової торгівлі). Зокрема, зазначається, що не можуть бути предметом біржової торгівлі речі, визначені індивідуальними ознаками, якщо вони не продаються як партія, а також будь-які вживані товари, включаючи транспортні засоби та капітальні активи. Таке обмеження не поширюється на майно, яке відчувається з податкової застави, а також майно, конфісковане відповідно до закону. Згідно з цим Законом партією товару вважається визначена кількість (але не менше двох одиниць) однорідних товарів одного або кількох найменувань, закуплених, відвантажених або отриманих одночасно за одним товарно-супровідним документом [3].

Предметом інших біржових договорів або базовим активом товарного деривативу, що укладається на аграрній біржі, є сільськогосподарська продукція, яка відповідає вимогам до якості та допущена до обігу на біржі. Визначення поняття «сільськогосподарська продукція» міститься у Податковому кодексі України (ПК України), законах України «Про державну підтримку сільськогосподарства України», «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції», «Про аграрні розписки», а також в інших правових актах.

Зокрема, згідно з положеннями ПК України сільськогосподарська продукція (сільськогосподарські товари) – продукція / товари, що підпадають під визначення груп 1-24 УКТ ЗЕД, якщо при цьому такі товари (продукція) вирощуються, відгодовуються, виловлюються, збираються, виготовляються, виробляються, переробляються безпосередньо виробником цих товарів (продукції), а також продукти обробки та переробки цих товарів (продукції), якщо вони були придбані або вироблені на власних або орендованих потужностях (площах) для продажу, переробки або внутрішньогосподарського споживання [4].

Аналогічне визначення наведено й у Законі України «Про державну підтримку сільськогосподарства України». Крім того, цим Законом передбачено, що до сільськогосподарської продукції (товарів) також належать відходи, отримані під час виробництва сільськогосподарської продукції (товарів), визначених у групах 1-24 УКТ ЗЕД згідно із Законом України «Про Митний тариф України», а саме: органічні до-

брива (гній, перегній, пташиний послід, а також полова, бадилля тощо), суміші органічних та мінеральних добрив, у яких частка органічних добрив становить більше 50 відсотків від загальної ваги таких сумішей, а також усе біологічне паливо та енергія, отримані під час переробки та утилізації сільськогосподарської продукції (товарів) та їх відходів (біогаз, біодизель, етанол, тверде біопаливо, у виробництві якого була використана сільськогосподарська продукція (її відходи) в розмірі більше 50 відсотків від усієї використаної продукції, електрична енергія, пар, гаряча вода тощо) [5].

В інших законодавчих актах досліджуване поняття визначається як: будь-яка продукція тваринного і рослинного походження, що підпадає під визначення першої – двадцять четвертої груп Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності [6]; продукція/товари, що підпадають під визначення груп 1-24 УКТ ЗЕД, якщо при цьому такі товари (продукція) вирощуються, відгодовуються, виловлюються, збираються, виготовляються, виробляються, переробляються безпосередньо виробником цих товарів (продукції), а також продукти обробки та переробки цих товарів (продукції), якщо вони були придбані або вироблені на власних або орендованих потужностях (площах) для продажу, переробки або внутрішньогосподарського споживання [7].

Отже, під час визначення поняття «сільськогосподарська продукція» законодавство відсилає до Закону України «Про Митний тариф України». Щодо цього важливо зазначити, що з 2 липня 2020 р. набув чинності новий Закон України «Про Митний тариф України», прийнятий 4 червня 2020 р. [8]. Однак порівняно з попередньою редакцією Закону України «Про Митний тариф України» [9] класифікація видів сільськогосподарської продукції не зазнала змін.

Законодавець, застосовуючи широкий підхід до тлумачення поняття «сільськогосподарська продукція», до останньої також відносить готові харчові продукти; алкогольні та безалкогольні напої і оцет; тютюн та його замітники; готові харчові продукти з м'яса, риби або ракоподібних, молюсків або інших водяних безхребетних; цукор і кондитерські вироби з цукру, готові продукти із зерна, зернових культур, борошна, крохмалю або молока; какао та продукти з нього, борошняні кондитерські вироби тощо [8].

Водночас такий широкий підхід до визначення поняття «сільськогосподарська продукція» не зовсім відповідає законодавству ЄС. На це, зокрема, звертають увагу деякі науковці, зазначаючи, що відповідно до п. 1 ст. 32 Договору про заснування Європейського Союзу до сільськогосподарської продукції належить продукція рослинницької, тваринницької, рибної галузей, а також продукти

першої стадії переробки, безпосередньо пов'язані з такою продукцією [10, с. 62].

Отже, законодавством ЄС дещо обмежено віднесення до сільськогосподарської готових видів продукції, зокрема, зазначено, що до такої належить винятково продукція на першій стадії обробки. Це створює певні труднощі під час торгівлі на міжнародних товарних біржах, зважаючи також на те, що Угода про асоціацію України з ЄС [11] зобов'язує Україну здійснювати заходи, спрямовані, зокрема, на гармонізацію національного законодавства із правом ЄС у сфері сільськогосподарського виробництва [12].

Важливо зазначити, що відповідна продукція належить до сільськогосподарської виключно у випадках, якщо вона вирощується, відгодовується, виловлюється, збирається, виготовляється, виробляється, переробляється безпосередньо їх виробником. Такий підхід цілком узгоджується з вимогами Угоди про сільське господарство, в якій зазначено, що «основний сільськогосподарський товар» визначається як товар, якомога ближчий до пункту першого продажу [13].

Наступною ознакою предмету біржової торгівлі є те, що вона має відповідати за своїми якісними, технічними та іншими характеристиками вимогам, які дозволяють її обіг на відповідній біржі (товарній або аграрній).

Закони України «Про товарні біржі» та «Про державну підтримку сільського господарства України» не містять конкретних вимог, яким має відповідати сільськогосподарська (або інша) продукція для того, щоб бути допущеною до торгівлі на відповідній біржі. На цій підставі можна зробити висновок, що відповідні вимоги встановлюються безпосередньо у Правилах біржової торгівлі.

Отже, за загальним правилом, сільськогосподарська продукція України має відповідати вимогам, визначеним законодавством України. Зокрема, відповідно до ст. 32 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» харчові продукти, які знаходяться в обігу на території України, повинні відповідати вимогам законодавства про безпечність та окремі показники якості харчових продуктів. Крім того, встановлено, що сертифікація харчових продуктів не обов'язкова. Зазначене не стосується процедури видачі міжнародного сертифіката, передбаченого цим Законом. Під час виробництва харчових продуктів оператор ринку може користуватися технічними умовами, державна реєстрація яких є обов'язковою [14].

Отже, основними характеристиками, яким має відповідати сільськогосподарська продукція, є якість та безпечність. Відповідність продукції цим вимогам підтверджується сертифікатом.

Передусім необхідно згадати зобов'язання, прийняті у цій сфері нашою державою, відповід-

но до Угоди про асоціацію України з ЄС. Зокрема, відповідно до ст. 404 цієї Угоди співробітництво між сторонами у сфері сільського господарства та розвитку сільських територій охоплює такі сфери: заохочення сучасного та сталого сільськогосподарського виробництва з урахуванням необхідності захисту навколишнього середовища і тварин, зокрема поширення застосування методів органічного виробництва й використання біотехнологій шляхом впровадження найкращих практик у цих сферах; обмін знаннями та найкращими практиками щодо політики розвитку сільських територій з метою сприяння економічному добробуту сільських громад; покращення конкурентоспроможності сільськогосподарської галузі та ефективності і прозорості ринків, а також умов для інвестування; заохочення політики якості сільськогосподарської продукції у сферах стандартів продукції, вимог щодо виробництва та схем якості тощо [11].

При цьому, як свідчить інформація Звіту про виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС за 2018 рік, 64% актів ЄС було імplementовано в сфері санітарних і фітосанітарних заходів, 22% актів у сфері захисту навколишнього природного середовища та 86% актів у сфері сільського господарства. Впровадження європейських норм дозволило вітчизняним суб'єктам господарювання отримати дозвіл на поставки в ЄС м'яса птиці, риби та рибопродуктів, меду, яєць і яйцепродуктів, молока і молочних продуктів, колагену, кишкової сировини, равликів, а також нехарчових продуктів тваринного походження, наприклад, пуху, пір'я та шкірсировини, технічного казеїну тощо [15, с. 7].

Зокрема, на виконання Угоди про асоціацію України з ЄС прийнято такі закони України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» [16], «Про оцінку впливу на довкілля» [17], «Про інформацію для споживачів щодо харчових продуктів» [18] та ін. Крім того, Міністерством охорони здоров'я України затверджені нові вимоги (або внесені зміни до чинних) до деяких видів харчової продукції, а саме: накази № 2444 від 11 грудня 2019 р. «Про затвердження Методичної настанови для виробників заморожених напівфабрикатів у тістовій оболонці» [19], № 1145 від 15 травня 2020 р. «Про затвердження Вимог до тверджень про поживну цінність харчових продуктів та тверджень про користь для здоров'я харчових продуктів» [20], № 1238 від 22 травня 2020 р. «Про внесення змін до Державних гігієнічних правил і норм «Регламент максимальних рівнів окремих забруднюючих речовин у харчових продуктах» (набуває чинності з 4 лютого 2021 р.)» [21] тощо.

Водночас залишаються невпроваджені деякі європейські стандарти у сфері забезпечення якості сільськогосподарської продукції, найбільш важливим з яких є Міжнародна система аналізу небезпечних факторів та контролю у критичних точках (НАССР – Hazard Analysis and Critical Control Points), яка інтегрована в законодавство ЄС, і її впровадження затверджено в Україні Законом «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» [15, с. 7].

Таким чином, в Україні вживаються певні заходи, спрямовані на імплементацію європейських норм і стандартів до сільськогосподарської продукції, що свідчить про поступовий перехід держави до єдиних європейських стандартів та відкриває можливість для виходу на єдиний організований ринок, у тому числі біржовий.

Ще однією важливою особливістю предмету біржової торгівлі є те, що до обігу на біржі допускається виключно партія сільськогосподарської продукції, а конкретний обсяг такої партії залежить від виду відповідної продукції.

Висновки. Отже, проведене у цій статті дослідження дає підстави зробити висновок, що предметом біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією необхідно вважати відповідні договори, які укладаються на біржі, зокрема купівлі-продажу, міни та поставки, предметом яких є партія сільськогосподарської продукції, що відповідає вимогам відповідної біржі; такі вимоги зазвичай стосуються якості та безпечності продукції, що підтверджується відповідним сертифікатом. Законодавством України не встановлено будь-яких обмежень щодо допуску до обігу на біржі певних видів сільськогосподарської продукції. На аграрній біржі, крім того, предметом торгівлі є товарні деривативи, базовим активом яких є сільськогосподарська продукція.

Слід зазначити, що у законодавстві України застосовано широкий підхід до визначення поняття «сільськогосподарська продукція», до якої віднесено, крім продукції тваринного, рослинного походження, також готову продукцію. Такий підхід не цілком узгоджується із законодавством ЄС, відповідно до якого готова продукція належить до сільськогосподарської виключно на першій стадії обробки. Найбільш важливою ознакою сільськогосподарської продукції є те, що вона виробляється, вирощується, збирається, переробляється тощо виключно її первинним виробником.

Особливостями предмету біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією є те, що: 1) таким предметом можуть бути три види біржових угод: купівлі-продажу, міни та поставки, а також товарні деривативи, базовим активом яких є сільськогосподарська продукція (на аграрній біржі); 2) сільськогосподарська продукція, яка є предметом договорів купівлі-продажу, обміну та постав-

ки, має бути допущена до обігу на біржі, тобто відповідати встановленим біржою вимогам до якості відповідної продукції; 3) предметом біржової угоди може бути виключно партія сільськогосподарської продукції, що включає не менше двох одиниць такої продукції.

Література

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
3. Про товарну біржу: Закон України від 10.12.1991 № 1956-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1956-12>.
4. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>.
5. Про державну підтримку сільського господарства України: Закон України від 24.06.2004 № 1877-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1877-15>.
6. Про аграрні розписки: Закон України від 06.11.2012 № 5479-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5479-17#Text>.
7. Про оптові ринки сільськогосподарської продукції: Закон України від 25.06.2009 № 1561-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1561-17#Text>.
8. Про Митний тариф України: Закон України від 04.06.2020 № 674-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/674%D0%B0-20#n2>.
9. Про Митний тариф України: Закон України від 19.09.2013 № 584-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584%D0%B0-18#n3>.
10. Чабаненко М.М. Сільськогосподарська продукція як категорія аграрного права України. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України*. 2014. Вип. 197. Ч. 2. С. 58–65.
11. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: міжнародний документ від 27.06.2014. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011/page.
12. Угода про застосування санітарних та фітосанітарних заходів: міжнародний документ від 15.04.1994. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/981_006.
13. Угода про сільське господарство: міжнародний документ від 15.04.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_005#n174.
14. Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів: Закон України від 23.12.1997 № 771/97-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/771/97-%D0%B2%D1%80>.
15. Шор К., Руда М., Рогінська-Грін Я. Адаптація до законодавства ЄС: у фокусі малі та середні виробники аграрної продукції. Базове дослідження, 2-ге видання. Київ, 2019. 52 с.
16. Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин: Закон України від 18.05.2017 № 2042-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2042-19#Text>.

17. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23.05.2017 № 2059-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2059-19#Text>.

18. Про інформацію для споживачів щодо харчових продуктів: Закон України від 06.12.2018 № 2639-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2639-19#Text>.

19. Про затвердження Методичної настанови для виробників заморожених напівфабрикатів у тістовій оболонці: наказ Міністерства охорони здоров'я України № 2444 від 11 грудня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v2444282-19#Text>.

20. Про затвердження Вимог до тверджень про поживну цінність харчових продуктів та тверджень про користь для здоров'я харчових продуктів: наказ Міністерства охорони здоров'я України № 1145 від 15 травня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0745-20#Text>.

21. Про внесення змін до Державних гігієнічних правил і норм «Регламент максимальних рівнів окремих забруднюючих речовин у харчових продуктах: наказ Міністерства охорони здоров'я України № 1238 від 22 травня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0684-20#Text>.

Анотація

Бондарчук А. М. Особливості предмета біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією. – Стаття.

Статтю присвячено дослідженню особливостей предмету біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією в Україні.

Аргументовано, що предметом біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією виступає не власне продукція, а біржові угоди трьох видів: купівля-продаж, міна та поставка, а також товарні деривативи, базовим активом яких є сільськогосподарська продукція (на аграрній біржі). Автором доведено, що сільськогосподарська продукція, яка є предметом договорів купівлі-продажу, обміну та поставки, має бути допущена до обігу на біржі, тобто відповідати встановленим біржою вимогам до якості відповідної продукції. Виявлено, що законодавством України не визначено вимог, відповідність яким є підставою для допуску сільськогосподарської продукції до обігу на біржі, а тому такі вимоги встановлюються кожною біржою самостійно у правилах біржової торгівлі.

Проведено порівняльний аналіз національного та європейського підходів до визначення поняття «сільськогосподарська продукція» та з'ясовано, що національним законодавцем застосовано більш широкий підхід, що не цілком відповідає європейським актам.

Визначено, що основними характеристиками, яким має відповідати сільськогосподарська продукція за законодавством України, є якість та безпечність. Встановлено, що наразі в Україні триває процес імплементації європейських стандартів якості сільсько-

господарської продукції відповідно до зобов'язань, прийнятих Україною у зв'язку із підписанням Угоди про асоціацію з ЄС.

Автором з'ясовано, що на виконання Угоди про асоціацію України з ЄС в Україні прийнято ряд законів та інших актів, однак залишаються невпровадженими деякі європейські стандарти у сфері забезпечення якості сільськогосподарської продукції, найбільш важливим з яких є Міжнародна система аналізу небезпечних факторів та контролю у критичних точках.

Ключові слова: товарна біржа, аграрна біржа, предмет торгівлі, сільськогосподарська продукція.

Summary

Bondarchuk A. M. The features of the subject of exchange trade in agricultural products. – Article.

The article is devoted to the study of the peculiarities of the subject of exchange trade in agricultural products in Ukraine.

It is argued that the subject of exchange trade in agricultural products is not the products themselves, but exchange transactions of three types - purchase, sale, exchange and supply, as well as commodity derivatives, the underlying asset of which is agricultural products (on the agricultural exchange). The author proved that agricultural products, which are the subject of contracts of sale, exchange and supply, must be admitted to circulation on the stock exchange, ie meet the requirements set by the exchange for the quality of relevant products. It was found that the legislation of Ukraine does not define the requirements, compliance with which is the basis for admission of agricultural products to circulation on the stock exchange, and therefore such requirements are set by each exchange independently in the rules of exchange trade.

A comparative analysis of national and European approaches to the definition of "agricultural products" was conducted and it was found that the national legislator has applied a broader approach, which is not entirely consistent with European acts.

It is determined that the main characteristics that agricultural products must meet according to the legislation of Ukraine are quality and safety. It is established that Ukraine is currently in the process of implementing European standards for the quality of agricultural products in accordance with the commitments made by Ukraine in connection with the signing of the Association Agreement with the EU.

The author found that a number of laws and other acts have been adopted in Ukraine in implementation of the Association Agreement between Ukraine and the EU, but some European standards in the field of agricultural product quality assurance remain unimplemented, the most important of which is the International Hazard Analysis System points.

Key words: commodity exchange, agricultural exchange, subject of trade, agricultural products.

УДК 347.7
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.618>

І. Ю. Гришко

orcid.org/0000-0003-4885-4040

магістрантка

*Навчально-наукового інституту права
Сумського державного університету*

М. С. Уткіна

orcid.org/0000-0002-3801-3742

кандидат юридичних наук,

старший викладач

*кафедри кримінально-правових дисциплін та судочинства
Навчально-наукового інституту права
Сумського державного університету*

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

У наш час інтелектуальна діяльність людини, безумовно, має велику цінність і потребує всебічного правового регулювання з метою впорядкування суспільних відносин, які виникають у процесі діяльності людини, що супроводжується інтелектуальними здібностями. Результат такої діяльності обов'язково стає особистим немайновим правом особи, яке охороняється, гарантується, забезпечується та захищається державою. Такий захист зумовлюється прийняттям нормативно-правових актів, які встановлюють обов'язкові правила поведінки, дотримуватися яких мають усі фізичні та юридичні особи. Безперечно, такий захист не обмежується лише нормативним регулюванням, адже важливим є ефективний механізм реалізації правових норм на практиці з тим, щоб права, свободи та законні інтереси осіб не були порушені. Особливо актуалізується питання захисту прав інтелектуальної власності у цифровому середовищі, що є надзвичайно дискусійним положенням, адже в нашій країні відсутній належний механізм захисту прав на результат інтелектуальної діяльності у глобальній мережі.

Дослідженню окремих аспектів захисту прав інтелектуальної власності присвячено праці таких вчених-правників, як А. Безмолитвенного, І. Василенка, В. Дроб'язко, В. Жарова, З. Пічурової, Доріс Лонг та інші. У правовій доктрині захист прав інтелектуальної власності був предметом розгляду багатьох представників наукової спільноти, а тому їх внесок у дослідження механізму захисту прав інтелектуальної власності є значним. Проте вважаємо за доцільне систематизувати та визначити ряд актуальних сьогодні проблемних моментів, що супроводжують процес захисту інтелектуальної власності, а також запропонувати можливі напрями їх вирішення. Метою статті є правове дослідження поняття «інтелектуальна власність», юридична характеристика способів

захисту права інтелектуальної власності, а також дослідження проблемних питань у вказаній сфері та ймовірних шляхів їх вирішення.

Насамперед необхідно проаналізувати правову природу дефініції «інтелектуальна власність». Нормативно цей термін закріплено на міжнародному рівні у Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності. Відповідно до ст. 2: «інтелектуальна власність» містить права, що належать до: літературних, художніх і наукових творів; виконавчої діяльності артистів, звукозапису, радіо- і телепередач; винаходів у всіх сферах діяльності людини; наукових винаходів; промислових зразків; торговельних марок, фірмових найменувань і комерційних позначень; захисту від недобросовісної конкуренції, а також всі інші права, які є результатом інтелектуальної діяльності в промисловій, науковій, літературній та художній сферах [1]. Аналізуючи визначення поняття, запропоноване в Конвенції, зазначимо, що вона не регламентує саме поняття інтелектуальної власності, натомість містить перелік прав особи, які позначають право інтелектуальної власності, тобто є результатом інтелектуальної діяльності людини у різних сферах суспільного життя.

Вітчизняне законодавство, а саме Конституція України, у ст. 41 закріплює право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Отже, забороняється використання та поширення без згоди особи результатів її інтелектуальної діяльності [2]. Цивільний кодекс України у ст. 418 визначає поняття «право інтелектуальної власності» як «право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законодавством. Право інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права ін-

телектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається Цивільним кодексом та іншим законом» [3]. На нашу думку, потрібно закцентувати увагу на важливому аспекті права інтелектуальної власності: співвідношенні права власності та права інтелектуальної власності. Так, ст. 419 Цивільного кодексу України вказує на незалежність права інтелектуальної власності від права власності на річ. Перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає перехід права власності на річ, а також, відповідно, перехід права власності на річ не означає переходу права на об'єкт права інтелектуальної власності. Отже, законодавчо суб'єктивне право особи на об'єкт інтелектуальної власності та речове право на матеріальний об'єкт чітко розмежовуються. Наприклад, художник як власник права інтелектуальної власності на твір образотворчого мистецтва залишиться власником цього права навіть у результаті переходу речового права власності на матеріальний об'єкт (картину, в якій виражене право інтелектуальної власності) до іншої особи. Тобто така особа придбає лише картину, але не право інтелектуальної власності на твір, зображений на ній.

Аналізуючи доктринальні підходи до розуміння права інтелектуальної власності, зазначимо, що, на думку З.В. Пічкурової, «... інтелектуальна власність являє собою сукупність відносин щодо володіння, користування та розпорядження результатами інтелектуальної діяльності людини в галузі науки, технологій, літературно-мистецької діяльності...» [4, с. 216]. Доріс Лонг та інші визначають інтелектуальну власність як формалізований результат творчої, інтелектуальної діяльності, що надає його автору або особі, визначеній чинним законодавством, право власності на цей результат, яке набувається, здійснюється та захищається відповідно до законодавчо встановлених норм і правил [5, с. 105]. На нашу думку, право інтелектуальної власності доцільно визначити як суб'єктивне, непорушне, гарантоване державою право особи володіти, користуватися та розпоряджатися об'єктом, що є результатом інтелектуальної діяльності, вимагати недопущення порушень такого права з боку інших осіб, а також охорони та захисту об'єкта від неправомірних посягань.

Право інтелектуальної власності потребує захисту з боку держави від неправомірних посягань. На нашу думку, захист права інтелектуальної власності слід розглядати як систему заходів правового та організаційного характеру, спрямованих на створення належних умов для вільного володіння, використання та розпорядженням об'єктом, що є результатом інтелектуальної діяльності особи. Особливої актуальності це питання набуває під час бурхливого розвитку інформаційно-телекомунікаційних технологій, що дає не

лише змогу вільно, безперешкодно та на свій розсуд використовувати різний контент, але й зловживати таким правом в напрямку порушень інтелектуальної власності особи.

Захист права інтелектуальної власності здійснюється у двох основних формах: юрисдикційній та неюрисдикційній. Перша передбачає діяльність уповноважених державою органів щодо захисту порушених прав на об'єкти інтелектуальної власності або прав, що оспоруються. Найефективнішою юрисдикційною формою захисту права інтелектуальної власності є судовий захист. Щодо другої форми захисту прав, то вона включає дії юридичних і фізичних осіб щодо захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності, які здійснюються ними самостійно, без звернення за допомогою до державних або інших компетентних органів. Переважною формою неюрисдикційного захисту є самозахист, що проявляється в активних чи пасивних діях особи, спрямованих на запобігання чи припинення порушення власного суб'єктивного права [6, с. 207]. Зокрема, відповідно до статті 432 Цивільного кодексу суд під час розгляду справи про порушення прав інтелектуальної власності може постановити такі рішення: про застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів; про зупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорту чи експорту яких здійснюється з порушенням права інтелектуальної власності; про вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності та знищення таких товарів; про вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності або вилучення та знищення таких матеріалів та знарядь; про застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності [3].

Окремо слід зосередити увагу на такому способі захисту прав інтелектуальної власності, як судова заборона, яка полягає в забороні дій, що порушують право особи чи створюють загрозу для його порушення. Рішення про попередню заборону повинно бути винесене після того, як власник прав інтелектуальної власності доведе за допомогою доступних йому доказів і з «достатнім ступенем достовірності», що порушення його прав є «невідворотним». Має існувати можливість прийняття рішень про попередню заборону на здійснення неправомірних дій в процесі судового розгляду. Це правило закріплене також у статтях 52, 52-1, 52-2 Закону «Про авторське право і суміжні права». Особливо актуальним є питання судової заборони у разі порушення авторських прав з

використанням мережі Інтернет [5, с. 46]. Судова заборона у справах щодо захисту авторського права на розміщені в мережі Інтернет твори може полягати, наприклад, у видаленні твору зі змісту веб-сторінки або у веб-блокуванні. Так, у положеннях ст. 12–14 Директиви 2000/31/ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку» [7] і ст. 245–247 Угоди про асоціацію з ЄС [8] прямо зазначається, що випадки обмеження відповідальності постачальників посередницьких послуг (просто посередник, хостинг, кешування) не впливають на можливість для судового або адміністративного органу, відповідно до правових систем Сторін, вимагати від постачальника послуг припинити або попередити порушення.

Адміністративний спосіб захисту полягає в розгляді та вирішенні суперечки органом державного управління або судом. Адміністративний спосіб захисту прав передбачено за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності, демонстрування і розповсюдження фільмів без державного посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів, незаконне розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеогам, комп'ютерних програм, баз даних [9]. Зокрема, порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності тягне за собою відповідальність у вигляді штрафу від десяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, які призначені для її виготовлення.

Потрібно зазначити, що способи захисту прав інтелектуальної власності в Україні фактично не є достатньо дієвими та ефективними. Такі висновки доцільно зробити з огляду на показник індексу прав власності в Україні. Міжнародний індекс прав власності (IPRI), єдиний у світі індекс, повністю присвячений вимірюванню прав інтелектуальної та фізичної власності, котрий відображає результати досліджень Property Rights Alliance в сферах правового та політичного середовища, права фізичної власності та права інтелектуальної власності. Індекс прав власності демонструє, зокрема, рівень захисту прав інтелектуальної власності в країні [10]. Порівнюючи індекс України та провідних європейських держав, слід зазначити, що індекс нашої країни є нижчим, порівняно з Фінляндією, Німеччиною та Польщею. Досліджуючи динаміку України за показником індексу прав власності, слід констатувати, що протягом 2018–2019 років індекс дещо зрушився з місця та підвищився, проте рух цього показника є достатньо повільним.

До того ж, згідно з річною доповіддю Єврокомісії щодо захисту та забезпечення прав інтелектуальної власності у третіх країнах, Індія, Індонезія, Росія, Туреччина і Україна залишаються

країнами 2-го пріоритету. У цих країнах виявили серйозні системні проблеми у сфері захисту та дотримання прав інтелектуальної власності, що спричиняє суттєву шкоду бізнесу Євросоюзу. У порівнянні з попередньою доповіддю ці країни не мали прогресу або продемонстрували лише обмежений прогрес у вирішенні цих занепокоєнь.

Серед проблемних питань захисту прав інтелектуальної власності в Україні слід виділити такі:

- невідповідність окремих положень чинного законодавства України європейським стандартам у сфері захисту інтелектуальної власності;
- відсутність окремого спеціалізованого судового органу з розгляду справ щодо порушення інтелектуальної власності;
- складність збору доказової бази для доведення факту порушення права інтелектуальної власності в суді;
- організаційно-правові недоліки процедури захисту прав інтелектуальної власності в судовому порядку.

Існує цілий ряд міжнародних договорів, що регулюють відносини в сфері інтелектуальної власності на міжнародному рівні. Євроінтеграційний курс України свідчить про її бажання адаптувати свою правову систему до європейських стандартів, а тому, укладаючи Угоду про асоціацію з ЄС, Україна взяла на себе зобов'язання гармонізувати своє законодавство у сфері інтелектуальної власності з європейським законодавством. Угода містить положення директив та регламентів ЄС щодо різних аспектів охорони прав інтелектуальної власності: авторських прав, географічних зазначень, торговельних марок тощо [8]. Через відмінність окремих положень вітчизняного законодавства від норм європейських директив та регламентів місце мають колізії, що призводить до відмінних судових рішень з однотипних питань.

Як справедливо наголошує К. Зеров, судові заборони у вигляді веб-блокування не повинні використовуватися як засоби загального блокування інформації в Інтернеті, оскільки в такому разі вони можуть порушувати право на свободу вираження поглядів, гарантоване ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [11, с. 86]. Вважаємо за доцільне доповнити Закон «Про авторське право і суміжні права» нормою про можливість накладення судової заборони на провайдера (постачальника послуг), що підвищить ефективність механізму захисту прав інтелектуальної власності.

Одним із проблемних питань захисту прав інтелектуальної власності є складність збору доказової бази для доведення факту порушення права інтелектуальної власності в суді. Зокрема, факт порушення права інтелектуальної власності дуже

складно довести в суді. Наприклад, рішенням Деснянського районного суду м. Києва у справі № 754/7539/16-ц від 31.01. 2017 р. позивачці відмовлено у задоволенні позову про захист авторських прав щодо розповсюдження контрафактних схем для вишивання бісером відповідачкою, в яких без дозволу втілено твори образотворчого мистецтва позивачки. Суд зазначив: «Будь-яких конкретних правових доказів, які б свідчили про порушення відповідачем по відношенню до позивачки її авторського права і (або) суміжних прав, що дає підстави для судового захисту, шляхом піратства у сфері авторського права і (або) суміжних прав – опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів <...> позивачка зі своїм представником суду не надали, і судом таких доказів не здобуто. З доданих до позову в обґрунтування позовних вимог, копій творів не бачається, що вони розповсюджувались відповідачем» [12].

Авторське право не вимагає обов'язкової державної реєстрації чи будь-якого іншого спеціального оформлення. При цьому свідоцтво, видане Міністерством розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України, є найбільш значущим доказом приналежності авторських прав, а також дата створення твору. Для позначення авторського права в публікаціях використовується знак охорони авторського права, після якого вказується ім'я автора та рік публікації твору. З метою захисту права інтелектуальної власності своє авторське право доцільно реєструвати у встановленому законодавством порядку, що буде належним та безспірним доказом права в суді.

Істотним недоліком механізму захисту прав інтелектуальної власності в Україні є відсутність спеціалізованого судового органу, покликаного розглядати справи про правопорушення у сфері інтелектуальної власності. Позитивним є досвід європейських країн, де діють такі установи, зокрема Німеччини, Великобританії та інших країн. Формально, в Україні такий орган є, адже згідно з Указом Президента України від 29 вересня 2017 року «Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності» така судова установа утворена, проте на практиці досі не функціонує. Побудова судів за принципом спеціалізації є ефективним способом організації судової системи. Функціонування такого суду де-факто сприяло б підвищенню рівня захисту прав інтелектуальної власності в Україні, адже суддями такого суду мають бути особи, які володіють спеціальними знаннями у сфері інтелектуальної власності, мають практичний досвід вирішення суперечок в інтелектуальній сфері, встановленню єдиного підходу

до вирішення спорів, завдяки аналізу судової статистики Вищим судом з питань інтелектуальної власності, оперативності розгляду справ з огляду на безпосередню зосередженість суддів виключно на справах, пов'язаних з порушенням прав інтелектуальної власності.

Для України характерною є практика «затягування» судових справ. Для цього наразі є всі підстави, адже у разі помилки з підвідомчістю, сторона справи може звернутися з відповідним клопотанням до суду, і справа, яка перебуває на розгляді у касаційній інстанції, може повернутися до суду першої інстанції, тобто має місце реальне «гальмування» справ. В Україні такі судові спори можуть тривати від 2 до 5 років. Наприклад, строки розгляду справ патентними судами іноземних держав складають в середньому рік. Так, Патентний суд Великобританії зазвичай розглядає подібні справи за 12–14 місяців, Федеральний патентний суд Швейцарії та Суд з інтелектуальних прав РФ – за 12 місяців, Федеральний патентний суд Німеччини – максимум за 18 місяців» [13].

Україна є країною транзиту підробленої та піратської продукції в таких секторах, як харчова промисловість, годинники, ювелірні прикраси, іграшки, одяг, фотографічне та медичне обладнання. Деякі піратські сайти, які пропонують таку продукцію, відкрито діють в Україні, кількість таких сайтів навіть збільшується, що пояснюється недосконалістю та слабкістю чинного законодавства. На нашу думку, вирішувати такі проблемні питання доцільно шляхом удосконалення законодавчої бази, в тому числі посилення юридичної відповідальності за порушення у сфері інтелектуальної власності, зокрема щодо розповсюдження піратської продукції. Крім цього, потрібно удосконалити механізм виявлення таких правопорушень, розширити права правоохоронних органів у напрямку надання додаткових організаційно-правових механізмів виявлення та протидії порушенням права інтелектуальної власності.

З огляду на вищевикладене робимо **висновки**, що натепер в Україні рівень захисту прав інтелектуальної власності не є достатньо високим та ефективним. Труднощі виникають з огляду на різні чинники, проте головною проблемою, на наш погляд, є недосконалість правового регулювання, а також практичні аспекти. Зокрема, відсутність спеціалізованого суду (його функціонування), складність доведення факту порушення права інтелектуальної власності тощо. Тому вважаємо, що реформування законодавства, удосконалення механізму судового захисту інтелектуальної власності, імплементація європейського законодавства призведе до формування належного рівня захисту права інтелектуальної власності в Україні.

Література

1. Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності: Конвенція від 14.07.1967. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_169#Text.
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР.
3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV
4. Пічкурова З. Систематизація теоретичних положень та наукових поглядів на економічний зміст інтелектуальної власності. *Наукові записки Національного університету «Острозька академія». Серія «Економіка»*. 2013. Вип. 24. С. 215–219
5. Доріс Лонг, Патриція Рей, Жаров В. та ін. Захист прав інтелектуальної власності: норми міжнародного і національного законодавства та їх правозастосування : практичний посібник. Київ : «К.І.С.», 2007. 448 с.
6. Юлдашев О. Міжнародне приватне право: теоретичні та прикладні аспекти. Київ : МАУП, 2004. 576 с.
7. Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому [...]»: міжнародний документ від 08.06.2000 № 2000/31/ЄС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_224#Text
8. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої [...]»: міжнародний документ від 27.06.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text.
9. Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1 – 212-24): Кодекс України; Закон, Кодекс від 07.12.1984 № 8073-Х.
10. Міжнародний індекс прав власності. URL: <https://ueff.org/uk/indeksy/77-property-rights-alliance-indeks-prav-vlasnosti>.
11. Зеров К. Веб-блокування як спосіб захисту авторських прав на твори, що розміщені в мережі Інтернет. *Законодавство України у сфері інтелектуальної власності та його правозастосування: збірник наукових праць IV Всеукраїнської науково-практичної конференції* (м. Київ, 23.09.2016 року). Київ, 2016. С. 84–93.
12. Рішення Деснянського районного суду м. Києва у справі №754/7539/16-ц від 31 січня 2017. *Єдиний державний реєстр судових рішень*: веб-сайт. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64494769>.
13. Пашковська Т. Вищий «інтелектуальний» суд: на фінішній прямиї. Протокол. Юридичний інтернет-ресурс. URL: https://protocol.ua/ua/vishchiy_intelektualniy_sud_na_finishniy_pryamiy/.

Анотація

Гришко І. Ю., Уткіна М. С. Проблеми захисту прав інтелектуальної власності в Україні. – Стаття.

У статті охарактеризовано доктринальні та нормативні підходи до визначення поняття «право інтелектуальної власності»; проаналізовано співвідношення права власності та права інтелектуальної власності та запропоновано дефініцію права інтелектуальної власності. Досліджено поняття «захист права інтелектуальної власності» та запропоновано його визначення. Охарактеризовано юрисдикційну та неюрисдикційну форми захисту права інтелектуальної власності, з'ясовані основні способи захисту права інтелектуальної власності. Акцентовано увагу на судовій забороні як способі захисту права інтелектуальної власності, проаналізовано міжнародний індекс прав власності, зокрема рівень захисту прав інтелектуальної власності в Україні. Здійснено порівняння індексу прав власності в Україні та провідних європейських державах, встановлено

факт низького показника захисту прав інтелектуальної власності в нашій державі порівняно з європейськими країнами. Досліджено динаміку України у сфері захисту прав інтелектуальної власності протягом 2015–2019 років та виділено основні проблемні питання захисту права інтелектуальної власності в Україні. Наголошено на необхідності адаптації національного законодавства до правової системи Європейського союзу. Наведено положення ряду європейських нормативно-правових актів, які регламентують питання захисту права інтелектуальної власності. Охарактеризована проблематика збору доказової бази щодо порушення права інтелектуальної власності, проаналізовано національну судову практику з цього питання. Наголошено на необхідності створення спеціалізованого судового органу, який би розглядав справи про порушення прав інтелектуальної власності. Запропоновано законодавчо уточнити вимоги до кандидатів на посаду судді Вищого суду з питань інтелектуальної власності, акцентовано увагу на необхідності посилення юридичної відповідальності за порушення у сфері інтелектуальної власності, зокрема щодо розповсюдження піратської продукції. Окреслено організаційно-правові недоліки процедури захисту прав інтелектуальної власності, запропоновано ряд способів, які допоможуть вирішити проблемизахиступравінтелектуальноївласностівУкраїні.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, захист права інтелектуальної власності, способи захисту права інтелектуальної власності.

Summary

Hryshko I. Yu., Utkina M. S. Problems of intellectual property rights protection in Ukraine. – Article.

The article describes the doctrinal and normative approaches to the definition of intellectual property rights, analyzes the relationship between property rights and intellectual property rights, proposes a definition of intellectual property rights, explores the concept of protection of intellectual property rights and offers its definition, describes jurisdictional and non-legal forms of jurisdiction, the main ways of protection of intellectual property rights are clarified, attention is paid to court injunction as a way of protection of intellectual property rights, the international index of property rights is analyzed, in particular the level of protection of intellectual property rights in Ukraine. the fact of low rate of protection of intellectual property rights in our country compared to European Cains, the dynamics of Ukraine in the field of protection of intellectual property rights against 2015–2019, highlighted the main issues of protection of intellectual property rights in Ukraine, stressed the need to adapt national legislation to the legal system of the European Union, the provisions of a number of European regulations governing the protection of intellectual property rights, described the collection of evidence bases on infringement of intellectual property rights, analyzed national case law on this issue, stressed the need to create a specialized judicial body that would consider cases of infringement of intellectual property rights, proposed to clarify the requirements for candidates for judge of the Supreme Court on intellectual property, attention to the need to strengthen legal liability for infringements in the field of intellectual property, in particular, the distribution of pirated products, outlined the organizational and legal shortcomings of the procedure for protection of rights intellectual property, proposed a number of ways to help solve the problem of protection of intellectual property rights in Ukraine.

Key words: intellectual property law, protection of intellectual property rights, ways of protection of intellectual property rights.

УДК 347.512:347
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.619>

І. А. Коваленко
orcid.org/0000-0001-7595-777X
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри приватного та публічного права
Київського національного університету технологій та дизайну

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ УКЛАДЕННЯ ПРАВОЧИНІВ ОСОБАМИ З ВАДАМИ ВОЛІ

Постановка проблеми. Однією з умов дійсності правочинів є наявність необхідного обсягу цивільної дієздатності осіб під час його вчинення (п. 2 ст. 203 ЦК України). Відповідно, відсутність достатнього рівня цивільної дієздатності може бути підставою недійсності правочину, укладеного такою особою. До категорії осіб, які не є повністю дієздатними, в числі інших цивільне законодавство відносить малолітніх і недієздатних осіб.

Розглядаючи правочин, який вчинений малолітньою особою, варто звернути увагу, що його правова природа відрізняється від низки інших нікчемних правочинів. Наприклад, правочин, що порушує публічний порядок, є нікчемним уже з тієї підстави, що порушує визначений у нормативних актах публічний порядок держави. Водночас правочин, учинений малолітньою особою (за винятком дрібного побутового), у момент його укладення може не порушувати ні чужих суб'єктивних прав, ні самого публічного порядку, проте він відповідно до норм чинного цивільного законодавства відноситься до категорії нікчемних.

Оцінка стану літератури. Вивченню окремих аспектів цивільно-правової відповідальності осіб з вадами волі присвячені праці таких відомих вітчизняних учених у галузі цивільного та сімейного права, як: І.А. Бірюков, І.Е. Берестова, А.Б. Гриняк, В.С. Гопанчук, О.В. Дзера, Ю.О. Заїка, В.М. Коссак, В.В. Луць, Р.А. Майданик, О.О. Отрадна, З.В. Ромовська, О.Є. Харитонов, Я.М. Шевченко. Водночас треба визнати, що науковці не здійснили комплексного висвітлення правових наслідків укладення правочинів особами з вадами волі, у зв'язку чим комплексне теоретичне дослідження даного питання в українській правозастосовній практиці й досі залишається актуальним.

Мета статті полягає в окресленні особливостей цивільно-правових наслідків укладення правочинів особами з вадами волі.

Із зазначеної мети дослідження актуалізується таке завдання, як підготовка пропозицій щодо вдосконалення законодавства і практики його застосування з цих питань.

Виклад основного матеріалу. У разі визнання правочину малолітньої особи нікчемним, виникає запитання: чому закон не надає юридичної сили

правочину малолітньої особи, що вчинила за межами її цивільної дієздатності? Дати відповідь на поставлене запитання неможливо без оцінки вольових характеристик та особливостей психіки такої особи. Було б неправильним стверджувати, що в малолітніх осіб воля як така взагалі відсутня, оскільки воля є регуляційним процесом, що спрямовує діяльність на досягнення її майбутнього результату. Бажання та прагнення малолітньої особи придбати відповідну річ (наприклад, іграшку) свідчить про наявність у неї такої волі. Проте для того, щоб виражена особою воля породила цивільні права та обов'язки, необхідно, щоб особа могла повною мірою усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Лише в разі усвідомлення значення своїх дій та можливості керувати ними, як зазначав Я.Р. Веберс, воля може бути юридично значимою [1, с. 76].

Згідно із законом малолітня особа має право вчиняти лише дрібні побутові правочини, тобто такі, що задовольняють побутові потреби особи, відповідають її фізичному, духовному чи соціальному розвитку та стосуються предмета, який має невисоку вартість (п. 1 ст. 31 ЦК України) [2]. Тому юридично значима воля цих осіб охоплює лише здатність учиняти дрібні побутові правочини, що свідчить про її обмеження. Таким чином, надаючи малолітнім особам можливість учиняти лише дрібні побутові правочини, цивільне законодавство ґрунтується на тому, що така особа не може повною мірою усвідомлювати характер учинених правочинів, а також оцінити породжені ними правові наслідки у зв'язку з відповідними соціально-психічними властивостями таких осіб.

Встановлення в законі конкретного віку, з якого настає часткова й повна дієздатність, зауважував свого часу В.А. Ойгензіхт, не означає, що саме з цього віку виникає волездатність особи – здатність спрямовувати, регулювати свою поведінку [3, с. 192]. Але цей вік визначає можливість виражати свою волю, вступаючи у правовідносини.

Вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності в окремих випадках може породити цивільні права та обов'язки. Зокрема, цивільне законодавство встановлює два способи визнання правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її цивільної дієздатно-

сті, дійсним: по-перше, за подальшого схвалення такого правочину батьками (усиновлювачами) або одним із них, з ким проживає малолітня особа, або опікуном (п. 1 ст. 221 ЦК України); по-друге, у випадку пред'явлення до суду позову про визнання його дійсним (п. 2 ст. 221 ЦК України) [2]. При цьому закон не вимагає особливої форми подальшого схвалення батьками (усиновлювачами) або опікуном правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності. Наступне схвалення правочину малолітньої особи можливе у вигляді юридичної бездіяльності (мовчання) – непред'явлення претензій другій стороні протягом одного місяця з моменту, коли стало відомо про його вчинення (п. 1 ст. 221 ЦК України). У випадку незгоди з правочином, учиненим малолітньою особою, батьки (усиновлювачі) або опікун зобов'язані пред'явити свої претензії до іншої сторони в активній формі, наприклад, вимагати повернення переданого малолітньою особою майна, інакше після закінчення місячного строку правочин малолітньої особи автоматично стає дійсним.

Подальше схвалення батьками (усиновлювачами) або опікуном правочину у формі непред'явлення претензії іншій стороні протягом одного місяця має юридичне значення, оскільки за його наявності вчинений малолітньою особою правочин породжує цивільні права та обов'язки для його учасників (зокрема, і для малолітньої особи). У зв'язку з цим таке подальше схвалення правочину можна визначити як умову дійсності правочину, вчиненого малолітньою особою поза межами її цивільної дієздатності.

Крім можливості подальшого схвалення правочину, вчиненого малолітньою особою за межами цивільної дієздатності, цивільне законодавство встановлює також інший спосіб визнання такого правочину малолітньої особи дійсним. Йдеться про визнання його дійсним за рішенням суду. За позовом заінтересованої особи суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він учинений на користь малолітньої особи (п. 2 ст. 221 ЦК України).

Можливість подальшого схвалення правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, не означає, що він виникає як дійсний. Навіть факт корисності правочину для малолітньої особи (наприклад, правочин спрямований на безоплатне отримання подарунку) у момент його вчинення не перетворює цей правочин у дійсний. Варто погодитися з Г.Ф. Шершеневичем, який зазначає, що для заперечення правочину, вчиненого малолітньою особою, немає необхідності доказувати його невігідність для сторін. Вчинений малолітньою особою правочин за межами її цивільної дієздатності є нікчемним лише тому, що його стороною є малолітня особа [4, с. 324]. Несхвалення такого правочину осо-

бами, визначеними в законі, не перетворює його в оспорюваний. Тому у випадку відхилення претензій другою стороною батьки (усиновлювачі) або опікуни малолітньої особи, мають право вимагати застосування наслідків недійсності нікчемного правочину, а не визнання його недійсним.

У ст. 221 ЦК України, що визначає правові наслідки вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, відсутня пряма вказівка на такий наслідок його вчинення, як нікчемність. У наведеній статті вказується на нікчемність правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, лише у випадку несхвалення його визначеними в законі особами. Враховуючи, що нікчемним є правочин, недійсність якого визначена законом, з метою недопущення віднесення правочинів малолітніх осіб, учинених за межами їхньої цивільної дієздатності, до оспорюваних, а також для недопущення юридичних помилок у судовій практиці в разі застосування норм ст. 221 ЦК України, на нашу думку, цю статтю необхідно доповнити пунктом такого змісту: «Правочин, учинений малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, є нікчемним». Ця норма має діяти як загальне правило. Правочин, учинений малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, надалі схвалений батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає (п. 1 ст. 221 ЦК України), стає дійсним з моменту вчинення. При цьому норму п. 2 ст. 221 ЦК України «У разі відсутності схвалення правочину він є нікчемним» пропонується виключити.

Правочин, учинений недієздатною фізичною особою, належить до правочинів із недоліком суб'єктного складу поряд із правочином, учиненим малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності.

Цивільним законодавством визначені підстави визнання фізичної особи недієздатною. Зокрема, відповідно до ст. 39 ЦК України особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Для визнання судом особи недієздатною достатньо поряд із медичним критерієм (хронічний, стійкий психічний розлад здоров'я) лише однієї інтелектуальної (нездатність усвідомлювати значення своїх дій) або юридичної підстави (нездатність керувати своїми діями).

Незважаючи на те, що правочин, учинений малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, а також правочин, учинений недієздатною фізичною особою, належать до нікчемних правочинів – правочинів із недоліками в суб'єктному складі, вони відрізняються один від одного. Ця різниця полягає насамперед в обсязі дієздатності даних категорій осіб. Малолітні особи,

на відміну від недієздатних, наділені цивільною дієздатністю, хоча й мінімальною, оскільки цивільне законодавство дозволяє їм учиняти дрібні побутові правочини (п. 1 ст. 31 ЦК України). Правочин, учинений недієздатною особою, незалежно від того, чи є він дрібним побутовим, є нікчемним.

Відповідно до ст. 67 ЦК України опікун зобов'язаний дбати про підопічного, про створення йому необхідних побутових умов, забезпечення його доглядом та лікуванням, а також учиняти від його імені правочини, в тому числі дрібні побутові. Проте опікун не в змозі постійно контролювати всі дії підопічного, постійно перебувати поруч із ним, що не виключає можливість підопічного в повсякденному житті самотійно вчиняти дрібні побутові правочини (наприклад, купувати продукти харчування тощо). У зв'язку з цим у цивілістичній науці було висунуто думку про необхідність розширення цивільної дієздатності недієздатних осіб. Так, С.М. Брагусь вважає за необхідне за недієздатними особами в цивільному законодавстві закріпити право самотійно вчиняти дрібні побутові правочини на зразок такої можливості малолітніх та неповнолітніх осіб [5, с. 37].

Наділення малолітніх осіб мінімальною цивільною дієздатністю пов'язано з тим, що в таких осіб ще не повністю сформована психіка, і відповідно до розумового розвитку їм надано право вчиняти лише дрібні побутові правочини. На відміну від малолітніх, у недієздатних фізичних осіб через психічний розлад здоров'я уражена психіка; також у них відсутня свідомо воля, у зв'язку з чим вони неправильно сприймають оточуючу дійсність і не можуть усвідомлювати наслідки вчинених дій. Крім цього, психічне захворювання недієздатних фізичних осіб має не тимчасовий, а хронічний характер, що зумовлює нездатність усвідомлювати свої дії та керувати ними.

Отже, цивільне законодавство недієздатним фізичним особам не надає право вчиняти дрібні побутові правочини у зв'язку з повною неможливістю усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, що пов'язано зі стійким психічним розладом здоров'я. У випадку можливості недієздатної фізичної особи усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними внаслідок видужання або значного поліпшення психічного стану, такий особі за позовом опікуна або органу опіки та піклування судом може бути поновлено цивільну дієздатність (п. 1 ст. 42 ЦК України).

Визнання правочинів, у тому числі дрібних побутових, вчинених недієздатними фізичними особами, недійсними пов'язано з недопущенням порушення майнових прав та інтересів цих осіб, як і правочинів, учинених малолітніми особами за межами їхньої цивільної дієздатності. Проте правочин, учинений недієздатною фізичною особою, може бути вчинений на її користь (не заподіюва-

ти їй майнової шкоди). У такому випадку опікун вправі схвалити дрібний побутовий правочин підопічного після його вчинення шляхом неперед'явлення претензії другій стороні протягом одного місяця (п. 1 ст. 226 ЦК України). Крім цього, на вимогу опікуна правочин, учинений недієздатною фізичною особою (як дрібний побутовий, так і правочин, що виходить за межі дрібного побутового), може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він учинений на користь недієздатної фізичної особи (п. 2 ст. 226 ЦК України).

Цивільне законодавство визначає особу повністю дієздатною, якщо не було ухвалено рішення суду про обмеження особи в цивільній дієздатності або про визнання її недієздатною. Особа вважається повністю дієздатною, якщо інше не встановлено рішенням суду.

Правочин, який вчинений особою, котра не була визнана в судовому порядку недієздатною, але в момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними, є оспорюваним і може бути кваліфікований судом за ст. 226 ЦК України, що визначає наслідки вчинення правочину недієздатною фізичною особою.

Відповідно до п. 2 ст. 41 ЦК України недієздатна особа не має права вчиняти будь-якого правочину. Оскільки нікчемним є правочин, недійсність якого встановлена законом (п. 2 ст. 215 ЦК України), а ст. 226 ЦК України не містить вказівки на нікчемність правочину, вчиненого недієздатною фізичною особою, названу статтю необхідно доповнити пунктом, який би встановлював нікчемність правочину, вчиненого недієздатною фізичною особою, як загальне правило. Зокрема, в зазначеній статті необхідно вказати: «Правочин, учинений недієздатною фізичною особою, є нікчемним». Дрібний побутовий правочин, учинений недієздатною фізичною особою, надалі схвалений опікуном (п. 1 ст. 226 ЦК України), стає дійсним з моменту вчинення. Нормою ч. 2 п. 1 ст. 226 ЦК України «У разі відсутності такого схвалення цей правочин та інші правочини, які вчинені недієздатною фізичною особою, є нікчемними» пропонується виключити.

Особи, які залишилися без батьківського піклування, до досягнення ними повноліття, а також особи, які були обмежені в цивільній дієздатності або визнані судом недієздатними, не можуть самотійно реалізувати надані їм майнові та особисті немайнові права. Вони вправі здійснювати лише такі юридично значимі дії, що входять в обсяг їхньої цивільної дієздатності. Так, малолітня особа може самотійно вчиняти лише дрібні побутові правочини (п. 1 ст. 31 ЦК України). Правочини, які виходять за межі дрібних побутових, вона не може вчиняти через відсутність необхідного обсягу цивільної дієздатності. Крім цього, діти потребують виховання та постійного піклування й нагляду з боку дорослих.

У таких випадках особливого значення набуває опіка (піклування), яка відповідно до п. 1.1 Правил опіки та піклування від 26 травня 1999 року є особливою формою державної турботи про неповнолітніх дітей, що залишилися без піклування батьків, та повнолітніх осіб, які потребують допомоги в забезпеченні їхніх прав та інтересів [6]. Обов'язки щодо захисту особистих і майнових прав та інтересів осіб, які не можуть самостійно їх реалізувати, а також стосовно виховання дітей, які залишилися без батьківського піклування, здатні забезпечити опікуни (піклувальники).

Опікун учиняє від імені підопічного, а піклувальник дає згоду на вчинення правочинів, що виходять за межі дрібних побутових. Проте існує низка правочинів з майном підопічного, які опікуни не можуть учинити, а піклувальники давати згоду на їх вчинення без дозволу органу опіки та піклування. Це правочини, в яких опікун (піклувальник) відмовляється від майнових прав підопічного; видає письмові зобов'язання від його імені; укладає договори, що підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; укладає договори щодо іншого цінного майна (ст. 71 ЦК України). Такі обмеження на дії опікуна та піклувальника законодавцем установлені насамперед для попередження можливих зловживань майновими правами підопічних з їхнього боку [7].

Дозвіл на відчуження майна особи, яка перебуває під опікою або піклуванням, може дати лише орган опіки і піклування. Опікунська рада не є належним органом для вирішення такого питання. Вищезазначені правочини опікун може вчинити, а піклувальник дати згоду на їх вчинення і без дозволу органу опіки і піклування (наприклад, за неможливості отримати такий дозвіл через наявність неробочих днів, коли зволікання при вчиненні такого правочину може призвести до завдання шкоди підопічному). Проте такі правочини можуть бути за позовом заінтересованої особи визнані судом дійсними лише в разі встановлення відповідності їх інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку або піклування (п. 2 ст. 224 ЦК України).

Оскільки правочин, учинений без дозволу органу опіки та піклування, може бути визнаний судом дійсним лише у випадку встановлення судом відповідності його інтересам підопічного, можна зробити висновок, що опікунам заборонено вчиняти, а піклувальникам давати згоду лише на вчинення правочинів, які можуть призвести до порушення майнових прав підопічних (наприклад, до зменшення обсягу майна).

Проте складність регулювання правочину, вчиненого у визначених законом випадках без дозволу органу опіки та піклування, полягає в тому,

що наявність такого дозволу, ще не означає, що таким правочином не будуть порушені майнові права підопічних.

Як свідчить судова практика, орган опіки та піклування, даючи дозвіл опікуну на відчуження нерухомого майна, власником або співвласником якого є підопічний, можуть зобов'язати законного представника на користь останнього вчинити відповідні юридичні дії. Покладення на них відповідних обов'язків пов'язано насамперед з недопущенням після вчинення такого правочину порушення майнових прав підопічного. Зокрема, орган опіки й піклування може дозволити опікуну продати квартиру за умови купівлі рівноцінного житла. Але не всі органи опіки і піклування беруть на контроль свої рішення, а лише обмежуються дозволом на укладення відповідного правочину. Дозвіл органу опіки та піклування – це лише адміністративно-правовий акт, який дає право вчинити правочин стосовно майна підопічного.

Оскільки відповідно до п. 1 ст. 203 ЦК України однією з умов дійсності правочину є умова, відповідно до якої зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства, правочини, що вчинені з дозволу органу опіки та піклування, але порушують права підопічних, мають визнаватися недійсними, такими, що порушують загальні вимоги чинності правочинів. Такий правочин, зокрема, порушуватиме п. 3 ст. 67 ЦК України, відповідно до якого опікун вчиняє правочини від імені та в інтересах підопічного.

Під час розгляду правочину, вчиненого у визначених законом випадках без дозволу органу опіки та піклування, постає запитання: чи вправі батьки без дозволу органу опіки та піклування вчиняти перераховані у ст. 71 ЦК України правочини з майном дітей? Як відомо, батьки й діти, зокрема ті, які спільно проживають, можуть бути самостійними власниками майна (п. 1 ст. 173 Сімейного кодексу України). Зокрема, діти можуть отримати майно, прийнявши в подарунок, у спадок, також шляхом приватизації житла або отримання заробітку тощо. Будучи власником майна, дитина (наприклад, малолітня) не може самостійно ним розпоряджатися через відсутність відповідного обсягу цивільної дієздатності. За таких обставин батьки є законними представниками інтересів своїх дітей, і однією з функцій такого представництва є управління їхнім майном. При цьому І.В. Жилінкова звертала увагу на те, що право батьків на управління майном своїх дітей можна визначити як право на управління чужим майном. Батьки як законні представники дітей повинні здійснювати управління майном дітей насамперед в їхніх інтересах, оскільки відповідно до п. 2 ст. 155 Сімейного кодексу України батьківські права не можуть здійснюватися всупереч інтересам дитини [8, с. 55].

Відповідно до вимог сімейного законодавства, батьки не вправі вчиняти правочини без дозволу органу опіки та піклування щодо майна неповнолітніх дітей, якщо вони виходять за межі побутових. Це, зокрема, договори, що потребували нотаріального посвідчення й спеціальної реєстрації; відмова від належних дитині майнових прав; поділ майна; поділ або обмін житлової площі; видача письмових зобов'язань тощо. Якщо звернутися до сімейного законодавства інших держав, то відповідно до Сімейного кодексу Російської Федерації в разі здійснення батьками повноважень з управління майном дитини на них поширюються правила, встановлені цивільним законодавством щодо розпорядження майном підопічного.

З.В. Ромовська, відзначаючи, що батьки у визначених законом випадках повинні вчиняти правочини (давати згоду на їх вчинення) лише з дозволу органів опіки та піклування, пропонує застосовувати аналогію закону щодо такої можливості опікунів та піклувальників (ст. 68, 70, 71 ЦК України) [166, с. 201].

Проте відповідно до Закону України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органів опіки і піклування укладати договори, що підлягають нотаріальному посвідченню або спеціальній реєстрації, відмовлятися від належних дитині майнових прав, здійснювати розподіл, обмін, відчуження житла, зобов'язуватися від імені дитини порукою, видавати письмові зобов'язання [9].

Висновки. Отже, узагальнюючи досліджене, вбачаємо, що оскільки Сімейний кодекс України регулює шлюбно-сімейні правовідносини, в тому числі майнові, що виникають між батьками і дітьми, на думку автора, ст. 177 СК України необхідно доповнити пунктом зі змістом, що зобов'язуватиме батьків у визначених законом випадках отримувати дозвіл від органу опіки та піклування під час учинення правочинів (надання згоди на їх вчинення) щодо майна дітей.

Література

1. Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. 126 с.
2. Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст. 142.
3. Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» : наук.-практ. коментар / С. С. Бичкова та ін. ; за ред. М. В. Гребенюка. Київ : Національна академія прокуратури України, 2019. 220 с.
4. Цивільне право України : навч. посіб. / за заг. ред. І. С. Тімуш, В. П. Мироненко. Київ : ІКВС, 2014. 240 с.
5. Цивільне процесуальне право України : підручник / за заг. ред. М. М. Ясинка. Київ : Алерта, 2014. 744 с.
6. Правила опіки та піклування, затверджені Наказом Державного комітету України у справах сім'ї та

молоді від 26 травня 1999 р. № 34/166/131/88. *Офіційний вісник України*. 1999. № 26. Ст. 115.

7. Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24.09.2008 року № 866. *Офіційний вісник України*. 2008. № 76. Ст. 2561.

8. Иванов Ю. Ф., Куриліна О. В., Иванова М. В. Цивільне право України : навч. посіб. : у 2 т. 2-ге вид. доповн. і переробл. Київ : Алерта, 2019. Т. 1. 342 с.

9. Актуальні проблеми цивільного права і процесу : навч. посіб. / за заг. ред. Я. В. Матвійчук. Київ : НАВС, 2012. 176 с.

Анотація

Коваленко І. А. Правові наслідки укладення правочинів особами з вадами волі. – Стаття.

Проблема відповідальності – одна з найбільш складних проблем як загальної теорії права, так і галузевих юридичних наук. В останні роки у вітчизняній юридичній науці цій проблемі приділяється значна увага. Дослідження вчених-юристів зробили значний внесок у розробку теорії юридичної відповідальності. Але цю проблему не можна вважати вичерпаною. До цього часу ще не вироблено єдиного визначення поняття юридичної відповідальності, відсутній також єдиний погляд і щодо її змісту.

Упродовж останніх років найбільш досліджуваними були питання цивільно-правової відповідальності малолітніх та неповнолітніх осіб. Зокрема, це знайшло відображення в дисертаційних дослідженнях молодих науковців. Водночас проблематика цивільно-правової відповідальності обмежено дієздатних, недієздатних осіб та осіб, які не усвідомлювали значення своїх дій та (або) не могли керувати ними, залишається малодослідженою в науці цивільного права України. Такий стан речей дає підстави говорити про необхідність нового, більш широкого підходу до питання цивільно-правової відповідальності осіб з вадами волі й зумовлює необхідність здійснення комплексного та всебічного аналізу даної проблематики. Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у зв'язку з цивільно-правовою відповідальністю осіб з вадами волі, а предметом дослідження є цивільно-правова відповідальність осіб з вадами волі.

Вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності в окремих випадках може породити цивільні права та обов'язки. Зокрема, цивільне законодавство встановлює два способи визнання правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, дійсним: по-перше, в разі подальшого схвалення такого правочину батьками або одним із них, з ким проживає малолітня особа, або опікуном; по-друге, у випадку пред'явлення до суду позову про визнання його дійсним.

Оскільки однією з умов дійсності правочину, згідно з Цивільним кодексом України, є умова, відповідно до якої зміст правочину не може суперечити йому та іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства, правочини, що вчинені з дозволу органу опіки та піклування, але порушують права підопічних, мають визнаватися недійсними, такими, що порушують загальні вимоги чинності правочинів. Такий правочин порушуватиме норму права, відповідно до якої опікун вчиняє правочини від імені та в інтересах підопічного.

Ключові слова: діти, малолітні особи, правочини, вади волі, шлюбно-сімейні відносини.

Summary

Kovalenko I. A. Law consequences of conclusion of legal transactions by persons flawed will. – Article.

Problem of responsibility – one of the most thorny problems of both general theory of right and branch legal sciences. In recent year considerable attention is spared in home legal science to this problem. Researches of scientists-lawyers did considerable payment in development of theory of legal responsibility. But this problem cannot be considered outspent. To this time it is not yet mine-out only determination of concept of legal responsibility, it is absent also only look and in relation to her maintenance.

During the last years most investigated were questions of civil liability of very young and minor persons. In particular, it found a reflection in dissertation researches of young scientists. While range of problems of civil liability capable, incompetents and persons that did not realize the value of the actions and (or) could not manage them limit, it remains scantily explored in science of civil law of Ukraine. Such state of affairs grounds to talk about the necessity of new, more wide going near the question of civil liability of persons flawed will and predetermines the necessity of realization of complex and all-round analysis of this range of problems. A research object are public relations that arise up in connection with civil liability

of persons flawed will, and the article of research is civil liability of persons flawed will. Settlement of a legal transaction by a very young person outside her civil capability, on occasion, can generate civil laws and duties. In particular, a civil legislation sets two methods of confession of legal transaction perfect a very young person outside her civil capability, actual: firstly, at further approval of such legal transaction by parents or one of them, whom a very young person lives with, or by a guardian; secondly, in case of producing in the court of lawsuit about confession of him actual.

As one of terms of reality of legal transaction, in obedience to the civil code of Ukraine, a condition, in accordance with that maintenance of legal transaction cannot conflict with him and to other acts of civil legislation, and also moral principles of society, legal transactions, is, that perfect with permission an organ burns and caring, but violate rights for a ward, must confess invalid, as such, that violate the general requirements of action of legal transactions. Such legal transaction, will violate the norm of right, in accordance with that a guardian accomplishes legal transactions from the name and in interests ward.

Key words: children, very young persons, legal transactions, defects of will, marriage-domestic relations.

УДК 347.771

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.620>*Р. О. Юрків**orcid.org/0000-0003-3177-1265**аспірант кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права**Львівського національного університету імені Івана Франка*

УМОВИ ВИДАЧІ ПРИМУСОВИХ ЛІЦЕНЗІЙ НА ВИНАХОДИ (КОРИСНІ МОДЕЛІ)

Постановка проблеми. Примусове ліцензування у сфері інтелектуальної власності є інструментом збалансування приватних і публічних інтересів у разі використання майнових прав на конкретно визначені об'єкти. Можливість застосування процедури примусового ліцензування встановлена міжнародно-правовими документами – Паризькою конвенцією про охорону промислової власності, Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Відповідні приписи закріплені й у національному законодавстві.

У сфері правового регулювання примусового ліцензування накопичилося чимало проблем, пов'язаних із неповнотою, непослідовністю, суперечливістю правових підходів, що утруднює практику їх застосування. Актуальною є проблема гармонізації законодавства України з правом Європейського Союзу (далі – ЄС), його відповідність кращим світовим стандартам. Усе наведене зумовлює актуальність вибору теми наукового дослідження.

Стан дослідження. Проблеми правового регулювання примусового ліцензування, практики застосування відповідного законодавства в науковій літературі досліджувалися переважно в контексті більш загальних питань права інтелектуальної власності на окремі об'єкти, правових підстав розпорядження відповідними майновими правами тощо. У цьому аспекті варто зазначити про дисертаційні дослідження Є.Ш. Гареева «Правова охорона винаходів» (2007 р.) [2]. Окремі аспекти примусового ліцензування досліджувалися на рівні наукових публікацій такими науковцями, як Г.О. Андрощук [3], Л.І. Работягова [4], О.Ю. Кашинцева [5], О.О. Пономарьова [6] та іншими. Однак вказані наукові дослідження не охоплювали належним чином аналіз проблематики примусового ліцензування, а стосувалися окремих аспектів патентного права, в тому числі й щодо загальних засад видачі примусових ліцензій.

Цілями статті є характеристика національного законодавства щодо умов примусового ліцензування винаходів, корисних моделей, обґрунтування висновків стосовно вдосконалення правового регулювання досліджуваних відносин.

Завданням статті є схарактеризувати примусову ліцензію на винахід (корисну модель), дослідити

поняття «невикористання та недостатнє використання винаходу (корисної моделі)», проаналізувати судовий порядок видачі примусової ліцензії.

Основний матеріал. Примусова ліцензія на винахід (корисну модель) – особлива, виняткова правова підстава використання майнових прав інтелектуальної власності власника патенту на винахід (корисну модель).

У ст. 24 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» в першій редакції від 15 грудня 1993 р. зазначалося: виходячи із суспільних інтересів та інтересів національної безпеки, Кабінет Міністрів України має право дозволити використання винаходу (корисної моделі) без згоди власника патенту, але з виплатою йому відповідної компенсації. Спори щодо умов видачі дозволу й виплати компенсації та її розміру розв'язуються в судовому порядку [7]. Очевидно, що така редакція зазначеної статті була невдалою. Насамперед самі поняття «суспільний інтерес» та «інтереси національної безпеки» досить розпливчасті, неконкретизовані. За таких підходів могли допускатися зловживання в разі видачі ліцензії проти волі власника патенту. Та й саме надання такого права виключно Кабінетом Міністрів України як органу виконавчої влади викликало сумніви й суперечило міжнародній практиці.

У редакції Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 1 червня 2000 р. з'явилася окрема ст. 30 – Примусове відчуження прав на винахід (корисну модель). Її норми деталізували умови, порядок і наслідки видачі примусових ліцензій на винаходи й корисні моделі. Норми цієї статті редакційно змінені Законом від 22 травня 2003 р.

Насамперед варто зауважити про назву цієї статті. Адже сама видача будь-якої ліцензії (в тому числі й примусової) не свідчить про відчуження прав інтелектуальної власності. Таке відчуження проходить на підставі договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності – п. 4 ст. 1107 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

Як впливає з норми ч. 1 ст. 1108 ЦК України, ліцензія – це дозвіл особи, що має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіара), іншій особі (лі-

цензіату). Такий дозвіл надає ліцензіату право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері. Відчуження прав не проходить. Призначення ліцензії – бути правовою підставою використання на певних умовах залежно від виду ліцензії, майнових прав інтелектуальної власності. Таке використання є завжди платним, строковим і жодним чином не свідчить про перехід прав від власника патенту до іншої особи, якій видано ліцензію. Та обставина, що ліцензія видається проти волі власника, не змінює її сутності саме як підстави використання відповідних прав. Тому назву ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» доречно змінити.

Відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», якщо винахід (корисна модель), крім секретного винаходу (корисної моделі), не використовується або не достатньо використовується в Україні протягом трьох років, починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання винаходу (корисної моделі) було припинено, то будь-яка особа, яка має бажання та виявляє готовність використовувати винахід (корисну модель), у разі відмови власника прав від укладання ліцензійного договору може звернутися до суду із заявою про надання їй дозволу на використання винаходу (корисної моделі).

Таким чином, можемо виокремити такі умови видачі примусової ліцензії:

- 1) невикористання або недостатнє використання винаходу (корисної моделі) без поважних причин в Україні протягом 3-х років;
- 2) відмова власника прав від укладення ліцензійного договору з потенційним користувачем;
- 3) бажання та готовність особи, що бажає отримати ліцензію, використовувати винахід (корисну модель).

Зазначені умови мають використовуватися в сукупності.

Отже, насамперед має бути встановленим факт невикористання або недостатнього використання винаходу (корисної моделі) в Україні впродовж 3-х років, починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання винаходу (корисної моделі) було припинено. Таким чином, трирічний строк невикористання (недостатнього використання) повинен бути безперервним, він не прив'язується до дати видачі патенту.

Поняття «невикористання», «недостатнє використання» оцінює. Оскільки до суду позивається зацікавлена у використанні винаходу (корисної моделі) особа, то саме вона й має доводити такі обставини. Варто зауважити, що вищі судові інстанції натеper не дають навіть орієнтовних підходів, критеріїв щодо тлумачення як цих понять, так і допустимих, належних засобів їх доказування.

Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» 10 липня 2014 р. була доповнена п. 831 щодо залежних ліцензій [8]. Жодних інших роз'яснень, рекомендацій щодо застосування норм ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» й аналогічних норм інших законів, що встановлюють примусове ліцензування, не надавалося.

Варто звернути увагу на важливий принцип, сформульований у п. 831 вказаної постанови: базовим принципом, що забезпечує патентування винаходів, є те, що будь-яка особа, яка використовує запатентований винахід без дозволу власника патенту, здійснює протиправні дії (за виключенням випадків, прямо передбачених чинним законодавством) [8].

Дозвіл власника патенту визначальний. Тільки з його дозволу на договірних засадах може здійснюватися правомірне використання майнових прав інтелектуальної власності. Але за певних, чітко визначених законом умов власник патенту (свідомця) може бути зобов'язаний до видачі ліцензії. Такий підхід відповідає світовій практиці й має відповідне нормативне закріплення.

Очевидно, тлумачення «невикористання», «недостатнє використання» надається судом, що розглядає справу, з урахуванням конкретних обставин. Оскільки використання винаходів (корисних моделей), майнових прав на них можливе лише зі згоди власника патенту й на підставі ліцензійних договорів чи виданих ліцензій, то їх відсутність і буде свідчити про факт невикористання.

Невикористання винаходу (корисної моделі) означає відсутність будь-яких дій щодо здійснення прав інтелектуальної власності власником патенту або особою, якій було передано права в порядку правонаступництва, наприклад, за договором чи в порядку спадкування.

Оцінити недостатнє використання складніше. Варто брати до уваги можливий економічний ефект від використання на підставі одиничних ліцензій і прогнозовані втрати через те, що власник патенту відмовляється від видачі більшої кількості ліцензій чи від укладення більшої кількості ліцензійних договорів. Але тут варто враховувати й інтереси власника патенту. Адже економічний ефект від монопольного володіння одиничною чи виключною ліцензією може бути більшим, ніж використання майнових прав на підставі невиключних ліцензій. Тому, розглядаючи відповідні спори, суд має оцінити всі обставини в їх сукупності.

Тлумачення поняття «недостатнє використання прав на винахід (корисну модель)» слід здійснювати з урахуванням таких засад цивільного законодавства, як розумність, добросовісність і справедливість. Недостатнє використання відбу-

вається тоді, коли власник прав на винахід (корисну модель) здійснює певне незначне використання винаходу (корисної моделі), що характеризується як обсягом промислового використання (майже не використовується у виробничому процесі патентовласника або інших осіб), так і часом такого використання (нетривалий проміжок). Хоча відсутність законодавчих положень щодо конкретизації ознак недостатнього використання винаходу (корисної моделі) може зумовлювати неоднозначне застосування цієї норми закону.

Причому до уваги береться факт невикористання чи недостатнього використання саме в Україні. Якщо винахід (корисна модель) використовуються за кордоном, то ця обставина не має значення.

У ч. 1 ст. 30 Закону також встановлено, що, якщо власник патенту не доведе, що факт невикористання винаходу (корисної моделі) зумовлений поважними причинами, суд виносить рішення про надання дозволу зацікавленій особі на таке використання. Знову ж таки відсутні будь-які роз'яснення щодо оцінки поняття «поважні причини». Розглядаючи відповідні спори, суд виходить із конкретних обставин справи. Доведення поважності причин покладається на власника патенту, що цілком вірно. Не зацікавлена у використанні винаходу (корисної моделі) особа доводить неповажність причин невикористання, недостатнього використання, а саме власнику патенту надається відповідна можливість пояснити суду причини невикористання винаходу (корисної моделі). Наприклад, такими поважними причинами невикористання, недостатнього використання можуть бути модернізація чи інша реконструкція виробництва, вплив непереборної сили на виробничий процес, мораторій на виконання зобов'язань, введення умов карантину тощо.

Щодо відмови власника прав від укладення ліцензійного договору, варто зауважити таке. Зацікавлена особа може позиватися до суду про видачу їй примусової ліцензії, якщо власник патенту відмовляється від укладення ліцензійного договору. Звертаємо увагу, що будь-яка особа, спираючись на принцип свободи договору, вільна в його укладенні, виборі контрагента, формуванні змісту, за винятком імперативного правового регулювання. На цю обставину звернуто увагу й в літературі. Власник патенту вільний у виборі ліцензіата й може видавати ліцензію будь-кому чи не видавати її взагалі, укладати ліцензійний договір чи не укладати [9, с. 418].

Очевидно, має йтися про відмову в укладенні договору із зацікавленою особою в сукупності з фактами невикористання без поважних причин винаходу (корисної моделі). Зацікавлена сторона має навести докази відмови в укладенні договору з нею. Причому має йтися не тільки про відмову в укладенні договору (очевидно, що це ліцензій-

ний договір), а й про відмову у видачі ліцензії. Тому для усунення непорозумінь у буквальному тлумаченні норм ст. 30 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» варто уточнити в її ч. 1 після слів «у разі відмови власника патенту (а не прав) від укладання ліцензійного договору» – словами «чи видачі ліцензії». Ліцензійний договір і ліцензія – окремі самостійні підстави використання майнових прав інтелектуальної власності.

Як впливає зі змісту ст. 30 Закону, зацікавлена у використанні винаходу (корисної моделі) особа має як мати бажання, так і виявляти готовність до використання. Оскільки особа позивається до суду, то в такий спосіб вона вже виявляє бажання використовувати винахід (корисну модель). Перевірка для суду готовності до використання може стати й проблематичною, адже потрібні відповідні фінансові-економічні, господарські показники, бізнес-плани тощо, що свідчать про готовність. Разом із тим із метою захисту прав власника патенту буде не зайвим судово встановлення факту готовності до використання як фінансової застави майбутніх ліцензійних платежів на користь власника патенту.

Отже, з дотриманням зазначених умов та їх доведеністю суд може постановити рішення про надання дозволу зацікавленій особі на використання винаходу (корисної моделі) з визначенням обсягу його використання, строку дії дозволу, розміру й порядку виплати винагороди власнику патенту. Водночас право власника патенту надавати дозволи на використання винаходу (корисної моделі) не обмежується. Йдеться про невиключний характер примусової ліцензії. Видавши ліцензію на підставі рішення суду, власник патенту не позбавляється права видавати ліцензії на використання винаходу (корисної моделі) будь-яким іншим особам на його розсуд і взаємовигідних умовах.

Строки використання, розмір і способи виплати винагороди власнику патенту визначаються судовим рішенням. На підставі судового рішення видається невиключна ліцензія, в якій і фіксуються відповідні умови. Не виключено, що сторони можуть укласти ліцензійний договір, на підставі якого може бути видана ліцензія. Особливістю такого ліцензійного договору буде те, що його умови закріплені рішенням суду.

Варто акцентувати увагу на тій обставині, що рішення суду не підміняє видачі ліцензії. Її видає сам власник патенту, але умови ліцензії визначені рішенням суду.

Відзначаємо, що з позицій власника патенту видача примусової ліцензії – це спеціальний обов'язок, що здійснюється за наявності законодавчо встановлених умов виключно в судовому порядку чи за рішенням Кабінету Міністрів України. Сама ж видача ліцензії є одностороннім правочином, передумовою вчинення якого є від-

повідне рішення суду. Проте до такого правочину не можуть бути застосовані норми ЦК України про правочини, зокрема в частині визнання правочину недійсним і застосування відповідних правових наслідків. Замість волі й волевиявлення власника патенту правове значення для вчинення такого правочину має рішення суду. Якщо власник патенту діяв під впливом насильства, погрози, обману чи інших обставин, що за звичайних умов мають значення для правомірності вчиненого правочину, то оцінка таким обставинам має бути надана в рішенні суду. Власник патенту може оскаржити рішення суду у встановленому порядку. Позиватися про визнання ліцензії недійсною можливо, якщо з'явилися нові обставини, які не були відомі на момент постановлення рішення, але якби були відомі, то могли б вплинути на прийняття як самого рішення, так і окремих умов ліцензії, що були затверджені судовим рішенням.

Висновки. Встановлено, що умовами видачі примусової ліцензії на винахід (корисну модель) є невикористання або недостатнє використання винаходу (корисної моделі) без поважних причин в Україні протягом 3-х років, небажання власника патенту укласти ліцензійний договір із потенційним користувачем і бажання та готовність особи, що бажає отримати ліцензію, використовувати винахід (корисну модель). Доведено, що правовою підставою користування майновими правами інтелектуальної власності на підставі примусової ліцензії є юридичний склад: рішення суду, що набрало законної сили, про видачу примусової ліцензії; видача невиключної ліцензії. Обґрунтовано, що саме рішенням суду визначається розмір і порядок виплати ліцензійних платежів, строк дії ліцензії та інші умови використання. Визначено, що примусова ліцензія на винахід (корисну модель) є невиключною, зокрема, видавши таку ліцензію, власник патенту не позбавляється права видавати інші ліцензії зацікавленим користувачам без обмежень.

Подальші наукові дослідження повинні спрямовуватися на поглиблений аналіз умов видачі примусових ліцензій на винаходи й корисні моделі з урахуванням відповідного досвіду правового регулювання країн ЄС. Окрему увагу слід приділити дослідженню подальшого реформування законодавства про примусове ліцензування в контексті створення Національного офісу інтелектуальної власності.

Література

1. Гареев Є.Ш. Правова охорона винаходів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 ; Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2007. 20 с.
2. Ярошевська Т.В. Право на службовий винахід : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2009. 19 с.

3. Андрощук Г.О., Работягова Л.І. Патентне право: міжнародно-правове регулювання. НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. Київ : Інтерсервіс, 2015. 286 с.

4. Работягова Л.І. Патент на корисну модель: забезпечення балансу прав. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2006. № 5. С. 26–34.

5. Кашинцева О.Ю. Примусове ліцензування лікарських засобів: досвід ЄС. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2016. № 6. С. 5–9. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2017/10/Kashyntseva-O_317.pdf.

6. Пономарьова О.О. Примусова, відкрита та добровільна ліцензії на лікарські засоби: деякі аспекти правозастосування. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2019. № 3. С. 32–38.

7. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3687-ХІІ / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-12/ed20000711#Text>.

8. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. № 12 / Вищий господарський суд України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text>.

9. Інтелектуальне право України / за заг. ред. проф. О.С. Яворської. Тернопіль : Підручники і посібники, 2016. 608 с.

Анотація

Юрків Р. О. Умови видачі примусових ліцензій на винаходи (корисні моделі). – Стаття.

У статті розглянуто підстави й порядок примусового ліцензування прав на винаходи й корисні моделі, схарактеризовано примусову ліцензію на винахід (корисну модель), досліджено поняття «невикористання та недостатнє використання винаходу (корисної моделі)» як підстави видачі примусової ліцензії, проаналізовано судовий порядок видачі примусової ліцензії та визначено її умови.

Установлено, що умовами видачі примусової ліцензії на винахід (корисну модель) є невикористання або недостатнє використання винаходу (корисної моделі) без поважних причин в Україні протягом 3-х років, небажання власника патенту укласти ліцензійний договір із потенційним користувачем і прагнення та готовність особи, що бажає отримати ліцензію, використовувати винахід (корисну модель). Доведено, що правовою підставою користування майновими правами інтелектуальної власності на підставі примусової ліцензії є юридичний склад: рішення суду, що набрало законної сили, про видачу примусової ліцензії; видача невиключної ліцензії. Доведено, що рішення суду не підміняє видачі примусової ліцензії, яку видає сам власник патенту. Обґрунтовано, що саме рішенням суду визначається розмір і порядок виплати ліцензійних платежів, строк дії ліцензії та інші умови використання.

Визначено, що примусова ліцензія на винахід (корисну модель) є невиключною, зокрема, видавши таку ліцензію, власник патенту не позбавляється права видавати інші ліцензії зацікавленим користувачам без обмежень.

Відзначено, що з позицій власника патенту видача примусової ліцензії – це спеціальний обов'язок, що здійснюється за наявності законодавчо встановлених умов виключно в судовому порядку чи за рішенням Кабінету Міністрів України. Сама ж видача ліцензії

є одностороннім правочином, передумовою вчинення якого є відповідне рішення суду.

Ключові слова: примусова ліцензія, винахід, корисна модель, патент, суд, права інтелектуальної власності.

Summary

Yurkiv R. O. Conditions for granting a compulsory license for inventions (utility models). – Article.

The article considers the grounds and procedure for compulsory licensing of rights to inventions and utility models, describes the compulsory license for inventions (utility models), explores the concept of “non-use and insufficient use of inventions (utility models)” as grounds for granting compulsory licenses, analyzes court procedures for granting the compulsory licenses, and its conditions are defined.

It is established that the conditions for granting a compulsory license for an invention (utility model) are non-use or insufficient use of the invention (utility model) without good reason in Ukraine for 3 years, reluctance of the patent owner to enter into a license agreement with a potential user, who wants to get a license and use the

invention (utility model). It is proved that the legal basis for the use of intellectual property rights on the basis of a compulsory license is the legal structure: the court decision, which has entered into force, on the granting of a compulsory license; granting of a non-exclusive license. It is proved that the court decision does not replace the granting of a compulsory license issued by the patent owner. It is substantiated that the court decision determines the amount and procedure for payment of license fees, the term of the license and other conditions of use.

It is determined that a compulsory license for an invention (utility model) is non-exclusive, in particular, by granting such a license, the patent owner is not deprived of the right to grant other licenses to interested users without restrictions.

It is noted that from the standpoint of the patent owner, the granting of a compulsory license is a special obligation, which is carried out in the presence of legally established conditions only in court or by the decision of the Cabinet of Ministers of Ukraine. The granting of a license itself is a unilateral transaction, the precondition for which is a relevant court decision.

Key words: compulsory license, invention, utility model, patent, court, intellectual property rights.

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 349.2
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.621>

В. В. Китайгородська
orcid.org/0000-0003-2488-742X
аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін і трудового права
імені професора О. І. Процевського
Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди

ПОНЯТТЯ «ПОСАДОВА ОСОБА» У ТРУДОВОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Забезпечення реалізації завдань та функцій місцевого самоврядування належать працівникам, які їх виконують – службовим особам. Регулювання праці службових осіб органів місцевого самоврядування, виконання ними функцій та цілей органів місцевого самоврядування належать посадовим особам органів місцевого самоврядування.

Актуальність теми дослідження. Серед безлічі реформ, проведених в Україні після 2014 року, самою вдалою вважається реформа децентралізації [1]. Велика кількість питань регулювання діяльності життя людини передається безпосередньо на місця виконання – органам місцевого самоврядування. Місцеве самоврядування потребує розроблення єдиного теоретичного підходу до визначення її правової природи, місця та ролі в розвитку суспільства та для подальшого розвитку держави. Правове закріплення останньої відбувалося хаотично, акти чинного законодавства про місцеве самоврядування, прийняті в різний час, ґрунтуються на різних ідеологіях і концептуально не узгоджені між собою [2, с. 13].

Це зумовлює необхідність дослідження розвитку місцевого самоврядування в Україні.

Метою статті є визначення поняття «посадова особа місцевого самоврядування» в сучасному законодавстві України, встановлення сутності поняття посадової особи місцевого самоврядування та формування пропозицій з удосконалення чинного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Місцеве самоврядування є одним із найбільш важливих принципів здійснення владних функцій у суспільстві та державі. Поруч із принципом поділу державної влади воно визначає систему управління сучасної правової держави. Більше того, історія не знає прикладів існування правової держави, яка не забезпечувала би реального та ефективного функціонування системи місцевого самоврядування [3, с. 210].

Будь-яка організація для функціонування потребує персонал, який складається зі службовців. Чим більш підготовлений професійно співробітник організації, тим більш ефективно працює сама організація. Швидкість прийняття рішень для забезпечення реалізації завдань і функцій місцевого самоврядування належить службовцям, що їх виконують. Безпосередньо виконавцями є «службові особи» та «посадові особи» органів місцевого самоврядування.

Натепер чіткий критерій щодо розмежування цих понять відсутній. У Конституції України 1996 р. терміни «посадові особи» та «службові особи» згадуються тричі: у ст. 19 – посадові особи; у ст. 40 і ст. 56 – посадові та службові особи [4]. Але визначення цих понять немає.

Визначення поняття «службові особи» є в примітках 1 до ст. 364 Кримінального кодексу України. Аналізуючи примітку, робимо висновок, що характеризувати поняття «посадова особа» ми можемо по повноваженням цих осіб: по-перше, вони повинні тимчасово або постійно здійснювати функції представника влади або місцевого самоврядування; по-друге, займати в органах державної влади, в органах місцевого самоврядування, в державних або комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням ними організаційно-розпорядчих або адміністративно-розпорядчих функцій. При цьому не має значення, чи такі функції властиві їм у зв'язку зі штатним розкладом або вони наділяються уповноваженим органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління, уповноваженим органом або уповноваженою особою підприємством, установою, організацією, судом або законом [5, ст. 2]. Таким чином, ми можемо зробити висновок, що «службова особа» розглядається як особа, яка зайнята зазвичай розумовою діяльністю (тобто матеріальних цінностей вона самотійно не виробляє), виконуючи специфічні завдання:

організаційні, маркетингові, дослідницькі тощо, та займає посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконує такі функції за спеціальним повноваженням.

Стосовно поняття «посадова особа» перший такий термін у чинному законодавстві з'явився з прийняттям Закону України «Про державну службу» у 1993 р. [6, ч. 2, ст. 2]. Закріплене в положеннях цього Закону поняття «посадова особа» визначається як особа, яка є керівником у державному органі, до посадових обов'язків якої належить здійснення повноважень з питань державної служби та організації роботи інших працівників у цьому органі [7, ст. 43].

На думку деяких науковців, основним критерієм розмежування понять «службова особа» і «посадова особа» є:

- характер власних повноважень (лінійно-владні чи функціонально-владні);
- характер правових зв'язків між учасниками (службово-трудова чи адміністративно-правова);
- від примусу, який вона має право застосовувати (дисциплінарний чи адміністративний);
- перебування на керівній посаді або виконання повноважень керівника за спеціальними дорученнями для посадових осіб [8, с. 5].

Слід погодитися з Н.В. Левківською, що основні критерії розмежування понять «посадова особа» і «службова особа» проводилися з огляду на перебування таких осіб в органах державної влади та на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності, тобто знаходяться поза межами служби в органах місцевого самоврядування [9, с. 3].

Підходити до розгляду питань служби в органах місцевого самоврядування необхідно як до комплексного політико-правового явища. Згідно з Конституцією України місцеве самоврядування є самостійною основою конституційного ладу України, оскільки єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює свою владу безпосередньо через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. [4, ст. 5]. Служба в органах місцевого самоврядування спрямована на реалізацію прав територіальних громад та скерована на розв'язання місцевих проблем управління, що знайшло відповідне відображення в її правовому регулюванні [10, с. 317].

Для розмежування понять «посадова особа» і «службова особа» необхідно окреслити критерії розмежування. Окреслити критерії можливо з визначення змісту правового статусу посадових осіб місцевого самоврядування.

Правовий статус – установлене нормами права становище його суб'єктів, сукупність їхніх прав та обов'язків. До правового статусу входять:

- правосуб'єктність;

- встановлені законом права та обов'язки;
- гарантії встановлених прав;
- відповідальність суб'єкта за невиконання обов'язків [11].

Становище «посадових осіб» і «службових осіб», сукупність їхніх прав та обов'язків визначається Конституцією України [4], ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні» [12], ЗУ «Про службу в органах місцевого самоврядування» [13], ЗУ «Про статус депутатів місцевих рад» [14] тощо.

У ЗУ «Про місцеве самоврядування» посадова особа місцевого самоврядування визначається як «особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження у здійсненні організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету» [12, ст. 1].

Таким чином, якщо правовий статус посадової особи є сукупністю встановлених законом прав та обов'язків, то правовий статус посадових осіб місцевого самоврядування знаходить прояв у правах та посадових обов'язках посадової особи з одного боку, та є основою для виконання службових функцій – з іншого боку. Інакше кажучи, посадові обов'язки визначають *обсяг службових прав та обов'язків*, які *створюють умови для їх виконання*.

Відповідно до чинного законодавства основними обов'язками посадових осіб місцевого самоврядування є: згідно з наданими повноваженнями і з дотриманням вимог законодавства забезпечувати ефективну діяльність органів місцевого самоврядування; під час здійснення своєї діяльності дотримуватися прав і свобод людини; зберігати службову і державну таємницю; постійно вдосконалювати організацію своєї роботи, підвищувати кваліфікацію, переймати як зарубіжний досвід, так і досвід робіт інших підрозділів; проявляти ініціативність і творчий підхід у роботі; шанобливо ставитися до громадян та їх звернень до органів місцевого самоврядування, виявляти високий рівень культури поведінки і спілкування, дбати про авторитет органів та посадових осіб місцевого самоврядування; не допускати дій або бездіяльності, які можуть зашкодити інтересам держави та органів самоврядування [14, ст. 8].

Посадові особи мають право: на шанобливе ставлення як з боку керівництва підприємства, установи, організації та колег, так і з боку громадян; гідної оплати праці залежно від посади, досвіду, якості праці, стажу роботи і присвоєного йому рангу; на просування по службі; на соціальну і правову захищеність; запитувати й отримувати матеріали та інформацію щодо його діяльності та проходження ним служби; відповідно, отримувати від керівників органу місцевого самоврядування пояснення і давати самому пояснення; захищати свої права та інтереси як в органах дер-

жавної влади і управління, органах місцевого самоврядування, так і в суді [14, ст. 9].

Таким чином, можна зробити висновок, що визначення поняття посадової особи місцевого самоврядування має такі основні ознаки: по-перше, це сама праця в органах місцевого самоврядування; по-друге, це посада, яку обіймає особа, і яка має повноваження щодо здійснення управлінської (організаційно-розпорядчі функції) і консультативної (консультативно-дорадчі функції) діяльності; отримання заробітної плати особою за свою діяльність із коштів місцевого бюджету.

Розглядаючи ці ознаки визначення посадової особи, необхідно детальніше проаналізувати кожний з них.

Насамперед – «праця». Спеціальних досліджень, присвячених розкриттю правової природи праці та її сутності, в юридичній літературі не проводилось. Однак праця завжди була важливою умовою життєдіяльності людей і вольовою діяльністю, спрямованою на створення матеріальних цінностей. Адже тільки завдяки праці люди можуть задовольняти свої матеріальні та моральні потреби [15, с. 3–4]. Необхідність трудитися належить до числа головних у системі відносин особистості, тому за своїм призначенням праця є саме тією необхідністю людини, яка здатна задовольнити всі запити й інтереси як окремої людини, так і суспільства й держави [16, с. 60].

У нашому дослідженні ми не будемо досліджувати працю як правову категорію, а розглянемо її у вузькому розумінні, визначеному Н. Гетьманцевою так: *цілеспрямована діяльність людини, спрямована на створення матеріальних і духовних благ з метою задоволення її потреб й інтересів* [16, с. 65].

Щодо органу місцевого самоврядування, то саме таке поняття в діючому законодавстві відсутнє. Науковці мають різне трактування цього поняття. Так, у навчальному посібнику «Цивільне право України» за редакцією Ф.О. Стефанчука органи місцевого самоврядування – «виборні та інші органи територіальних громад, наділені повноваженнями вирішувати питання місцевого значення» [17, с. 290].

На думку В.В. Кравченко, це «орган, який створюється територіальною громадою (територіальними громадами району, області) в установленому законом порядку для виконання завдань і функцій місцевого самоврядування, наділеною відповідно до закону владними повноваженнями, які реалізуються у визначених законом правових та організаційних формах. До них відносяться сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи; районні та обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ і міст; районні в містах ради та їх виконавчі органи» [18, с. 181–182].

Необхідно відзначити, що пізніше визначення органу місцевого самоврядування В.В. Кравченко в співавторстві з М.В. Пітциком дається як «орган місцевого самоврядування як організаційно самостійний елемент системи місцевого самоврядування, який утримується за рахунок коштів бюджетів місцевого самоврядування районних, обласних бюджетів і являє собою колектив громадян України, депутатів місцевих рад або службовців органів місцевого самоврядування, заснованих у встановленому законом порядку для виконання завдань і функцій місцевого самоврядування, наділений з цією метою відповідними владними повноваженнями, які реалізуються у встановлених законом правових та організаційних формах в інтересах відповідної територіальної громади (територіальних громад)» [19, с. 192–193].

Важливо зауважити, що і О.В. Батанов, і В.В. Кравченко разом із П.Д. Біленчуком, М.В. Підмогильним вважають, що «органи місцевого самоврядування не належать до механізму державної влади, а місцеве самоврядування займає окреме місце в політичній системі (в механізмі управління суспільством і державою), і його необхідно розглядати як окрему форму реалізації народом належної йому влади» [20, с. 10; 21, с. 135].

Аналізуючи думки науковців, необхідно зазначити, що за своїм призначенням органи місцевого самоврядування відрізняються як від місцевих органів виконавчої влади, так і від підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності. Якщо діяльність місцевих органів виконавчої влади має виконавчо-розпорядчий характер, то діяльність органів місцевого самоврядування переважно носить організаційно-розпорядчий характер.

Таким чином, на наш погляд, можна частково погодитися з Я. Журавель, який пропонує орган місцевого самоврядування визначити як «орган публічної влади, який відповідно до закону, від імені та в інтересах територіальних громад, під власну відповідальність здійснює управління справами місцевого значення в межах Конституції і законів України. [22, с. 210]. Але це поняття не в повній мірі розкриває сутність органу місцевого самоврядування як представницького органу

Дійсно, Конституція України визначає, що територіальні громади мають право самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. До територіальних громад ставляться жителі села чи добровільного об'єднання в сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста.

Розкрити поняття сільської, селищної, міської ради можна через ст. 10 Закону України «Про місцеве самоврядування», де прямо закріплено, що сільські, селищні, міські ради є органами місцевого самоврядування, які представляють інтереси відповідних територіальних громад та здійсню-

ють свою функцію від їхнього імені та в їхніх інтересах у межах, визначених Конституцією України, законами України і в межах повноважень, переданих їм сільськими, селищними та міськими радами. Таким чином, необхідно погодитися з Н.В. Левківською, яка пропонує об'єднати всі органи місцевого самоврядування під загальною назвою «представницькі органи».

З урахуванням вищесказаного ми можемо визначити органи місцевого самоврядування як *представницькі органи публічної влади, які відповідно до закону представляють інтереси територіальних громад, під власну відповідальність здійснюють управління справами місцевого значення в межах Конституції України та законів України*.

Продовжуючи дослідження змісту поняття «посадова особа», необхідно розкрити її другу ознаку – це «посада», що обіймає особа, яка має повноваження щодо здійснення управлінської (організаційно-розпорядчої функції) та консультативної (консультативно-дорадчої функції) діяльності. У чинному законодавстві України нормативне визначення поняття «посада» згадується лише в Законі України «Про державну службу» та визначається структурою підприємства, установи, організації і штатним розписом як первинна структурна одиниця державного органу із встановленими відповідно до чинного законодавства обов'язками в межах її повноважень [7, ст. 2].

Посада створюється в наказовому порядку правовими актами компетентних органів. У наказі визначається її назва, місце і службова ієрархія, порядок і умови призначення. Посада включається в штатний розклад і в єдину номенклатуру посад службовців. При цьому в найменуванні посад повинні бути точно сформульовані зміст (права та обов'язки) посади, характер виконуваної працівником роботи. Будучи частиною структури органу, де вона утворена, саме посада наділяється владними повноваженнями, а не конкретний службовець [7].

Таким чином, посада наділяє службовця певними владними повноваженнями, з чого можна визначити «посаду» як *створену в наказовому порядку правовими актами компетентних органів передбачену законодавством України з визначенням назви, структури та штатного розкладу первинну структурну одиницю органів місцевого самоврядування із встановленням його компетенції у вигляді владних повноважень щодо виконання завдань і функцій місцевого самоврядування та відповідальністю за здійснення цих повноважень*.

Що стосується здійснення управлінської (організаційно-розпорядчої функції) і консультативної (консультативно-дорадчої функції) діяльності, то ми підкреслюємо, що саме посада визначає наявність владних повноважень посадової особи, її роль і значення в управлінському процесі. Виконання

організаційно-розпорядчої функції є характерною ознакою тільки для керівної посади.

У Постанові Пленуму Верховного суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» [24] частинами третьою, четвертою та п'ятою п. 1 передбачено, що організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки зі здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, установах незалежно від форм власності.

Такими функціями володіють керівники міністерств, відомств, інших центральних органів виконавчої влади, керівники підприємств, установ, організацій, незалежно від форм власності, їхні заступники й особи, керівники ділянок робіт. Іншими словами, це реальні важелі впливу на формування органу або його підрозділу і на керівництво діяльністю підлеглих по службі працівників для виконання завдань і функцій відповідно до компетенції цього органу. Виконуючи свої повноваження, посадова особа одночасно реалізує компетенцію відповідної організаційної структури і здійснює керівництво людьми, впливаючи на їхню поведінку за допомогою юридично оформлених владних дій. Разом із тим посадова особа несе персональну відповідальність за діяльність організаційної структури.

Відповідно, консультативно-дорадчими функціями, які зумовлені завданнями, обов'язками та повноваженнями (праця, пов'язана з консультаціями, аналізом, підготовкою пропозицій, розробленням прогнозів, порад і рекомендацій), наділені службові особи, які служать в органах місцевого самоврядування. Іншими словами, службовці, які не наділені організаційно-розпорядчими функціями (консультанти, радники), не можуть бути віднесені до посадових осіб.

Залежно від способу призначення посадової особи в органах місцевого самоврядування посади поділяються на:

- виборні посади, на які особи обираються територіальною громадою;
- виборні посади, на які особи обираються або затверджуються відповідною радою;
- посади, на які особи призначаються сільським, селищним, міським головою, головою районної, районної в місті, обласної ради на конкурсній основі чи за іншою процедурою, передбаченою законодавством України. [13, ст. 3].

При цьому необхідно зауважити, що розмежування посадових осіб в органах місцевого самоврядування тільки за способом призначення не може характеризувати посадову особу місцевого самоврядування і віднести до неї їхніх керівників або інших службовців. «Посада» сама по собі характеризується певним соціальним статусом (відносини з вищими, нижніми і рівними посада-

ми), організаційним статусом (місце і роль посади в структурі органу) і правовим статусом (компетенція, основні права і обов'язки). Все це формулюється в юридичному описі й має назву «посадові інструкції».

Наявну кваліфікацію посад службовців можна визначити як організацію робочих місць підприємства, установи, організації в певні групи, ґрутуючись на посадових обов'язках, компетенції і вимогах до кваліфікації.

Саму кваліфікацію *посад службовців органів місцевого самоврядування* встановлено ст. 14 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування». У ній передбачено 7 категорій посад, а ст. 15 цього ж Закону встановлюються 15 рангів, які присвоюються посадовим особам у залежності від займаної категорією посади. При цьому ранги, які відповідають посадам першої та другої категорії, а так само ранги сільським, селищним міським головам, головам районних у місті рад, присвоюються рішенням відповідної ради в межах відповідної категорії посади.

Ранги, які відповідають посадам третьої–шостої категорії, присвоюються відповідно до займаної посади, рівня професійної кваліфікації претендента, а також результатів його роботи, сільським, селищним головою, головою обласної, районної, районної в місті ради [13, ст. 14, 15].

Нормативне врегулювання питання належності посадових осіб місцевого самоврядування до керівників чи інших посадовців відсутнє. Але, на думку окремих правознавців, згідно з Кримінальним кодексом України посадовими особами є всі державні службовці й посадові особи місцевого самоврядування від 1-ї до 6-ї категорії включно [25]. Натепер, безумовно, є потреба в нормативному розмежуванні понять «посадова особа» та «службова особа» залежно від їхніх функцій та повноважень.

Наступна ознака поняття посадової особи місцевого самоврядування – «одержання заробітної плати за свою діяльність за рахунок місцевого бюджету».

Будучи однією складовою частиною бюджетної системи держави, місцеві бюджети становлять основу формування фінансової бази діяльності місцевих органів самоврядування. Саме для реалізації завдань і функцій, покладених на органи місцевого самоврядування, створюються фонди різних фінансових ресурсів, іменовані місцевими бюджетами.

Однією з форм публічної влади є місцеве самоврядування, яке реалізується специфічними суб'єктами – територіальними колективами і сформованими органами; воно має особливий об'єкт – питання місцевого значення, здійснюється на основі використання окремого виду публічної влади – комунальної (муніципальної) [26].

Територіальні громади створюються шляхом добровільного об'єднання жителів кількох сіл,

селища та міста з метою самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України [4, ст. 140]. Для реалізації територіальною громадою свого права на місцеве самоврядування необхідні особи, які мають відповідні посадові повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій, тобто посадові особи.

Таким чином, фінансування заробітної плати посадовим особам місцевого самоврядування саме з місцевого бюджету є логічним, оскільки саме посадова особа під власну відповідальність здійснює управління справами місцевого значення в межах здійснення управлінської (організаційно-розпорядчі функції) та консультативної (консультативно-дорадчі функції) діяльності.

Для визначення поняття посадової особи місцевого самоврядування необхідно звернути увагу, що в чинному законодавстві є вимоги до кандидатів на посаду в органи місцевого самоврядування: по-перше, вони повинні мати відповідну освіту і професійну підготовку; по-друге, володіти державною мовою та регіональними мовами в обсягах, достатніх для виконання службових обов'язків; по-третє, скласти Присягу.

Підсумовуючи викладене, можемо зробити **висновок**, що поняття «посадова особа місцевого самоврядування» визначається як *особа, котра працює в органах місцевого самоврядування, зайнята розумовою діяльністю, займає керівну посаду і має відповідні посадові повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій, має відповідну освіту і професійну підготовку, володіє державною та регіональною мовою, склала Присягу й отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету*.

На наш погляд, нормативне закріплення досліджуваного поняття «посадова особа місцевого самоврядування» проведе розмежування схожих понять і підкреслить її особливість.

Література

1. Куренной В. Децентрализация как недооцененная реформа. URL: <https://daily.rbc.ua/rus/show/detsentralizatsiya-nedootsenennaya-reforma-1527054477.html> (дата звернення: 01.10.2020).
2. Супрун В.М. Проблематика місцевого самоврядування в Україні у працях вітчизняних науковців-дослідників. *Сучасні проблеми розвитку державності та протидії злочинності* : матеріали IV звітної наук.-практ. конф., 25–26 травня 2006 р., м. Кіровоград. Кіровоград, 2006. С. 10.
3. Беспалий В. Поняття місцевого самоврядування – історико-порівняльний аспект. *Публічне право*. 2014. № 1 (13). С. 209–215.
4. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141.
5. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

6. Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1993. № 52. Ст. 490.

7. Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 року № 889-VIII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2016. № 4. Ст. 43.

8. Бойченко В. Проблемні питання розмежування понять «посадова особа» та «службова особа» при виконанні рішень та застосуванні норм адміністративного примусу державним виконавцем. *Юридичний радник*. 2006. № 5.

9. Левківська Н.В. Поняття «посадова особа місцевого самоврядування: проблемні питання правового регулювання в Україні. URL: http://academy.gov.ua/ej/ej9/doc_pdf/Levkivska_NV.pdf (дата звернення: 01.10.2020).

10. Право в державному управлінні : навч. посіб. / С.Д. Дубенко та ін. Київ, 2016. 376 с.

11. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki> (дата звернення: 01.10.2020).

12. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1997. № 24. Ст. 170.

13. Про службу в органах місцевого самоврядування : Закон України від 7 червня 2001 року № 2493-III. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 33. Ст. 175.

14. Про статус депутатів місцевих рад : Закон України від 11 липня 2002 року № 93-IV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2002. № 40. Ст. 290.

15. Прокопенко В.І. Трудове право України : підручник. Харків : Фірма «Консум», 1998. 480 с.

16. Гетьманцева Н. Поняття і сутність праці як правової категорії. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 7. С. 60–65.

17. Цивільне право України : навч. посіб. / Ф.О. Стефанчук та ін. Київ : Прецедент, 2005. 448 с.

18. Кравченко В. В. Конституційне право України у визначеннях та схемах : навч. посіб. Київ : Атіка, 2002. 192 с.

19. Кравченко В.В., Пітцик М.В. Муніципальне право України : навч. посіб. Київ : Атіка, 2003. 672 с.

20. Батанов О.В. Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. 260 с.

21. Місцеве самоврядування в Україні (муніципальне право) : навч. посіб. / П.Д. Біленчук та ін. Київ : Атіка, 200. 304 с.

22. Журавель Я. Сучасні адміністративно-правові підходи до визначення поняття «орган місцевого самоврядування». *Юридичний журнал*. 2007. № 7.

23. Оболенський О.Ю. Державна служба : навчальний посібник. URL: <https://uchebnik-online.net/book/670-derzhavna-sluzhba-navchalnij-posibnik-obolenskij-o-yu/5-rozdil-2.html> (дата звернення: 01.10.2020).

24. Про судову практику у справах про хабарництво : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26.04.2002 р. *Юридичний вісник України*. 2002. № 28. С. 21.

25. Поняття посадової особи. URL: <https://studfiles.net/preview/5105471/page:3/> (дата звернення: 01.10.2020).

26. Бориславська О. Місцеве самоврядування як форма децентралізації та гарантія демократичного політичного режиму. *Вісник Львівського університету. Серія Юридична*. 2011. Випуск 52. С. 127–133.

Анотація

Китайгородська В. В. Поняття «посадової особи» в трудовому праві. – Стаття.

У даній статті досліджується питання стосовно проблеми визначення поняття «посадова особа». Розглядаються доктринальні дослідження вчених, а також аналізується наукова література і законодавство, чинне на території України, стосовно визначення поняття «посадової особи місцевого самоврядування» в сучасному законодавстві України, встановлення сутності поняття «посадової особи місцевого самоврядування» та формування пропозицій з удосконалення чинного законодавства. Так, аналізуючи примітку Кримінального кодексу України, автором зроблено висновок, що характеризувати поняття «посадова особа» можемо по їх повноваженням. Під час дослідження автором було зроблено розмежування понять «посадова особа» і «службова особа» через окреслення критеріїв розмежування, а окреслення критеріїв можливо з визначення змісту правового статусу посадових осіб місцевого самоврядування. У даній науковій статті автор підійшов до розгляду питань служби в органах місцевого самоврядування як до комплексного політико-правового явища. Відповідно до Конституції України місцеве самоврядування є самостійною основою конституційного ладу України, оскільки єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює свою владу безпосередньо через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Автором зроблено висновки та внесено конкретні пропозиції. Так, автор у дослідженні даного питання дійшов висновку, що можна визначити органи місцевого самоврядування як представницькі органи публічної влади, які відповідно до закону представляють інтереси територіальних громад, під власну відповідальність здійснюють управління справами місцевого значення в межах Конституції України та законів України. Автор також робить висновок зі зроблених досліджень та наголошує на тому, що саме посада визначає наявність владних повноважень посадової особи, її роль і значення в управлінському процесі. Виконання організаційно-розпорядчої функції є характерною ознакою тільки для керівної посади. Пропонуються шляхи подолання проблемивизначенняпоняття, визначеної його особливості.

Ключові слова: особа, посадова особа, службова особа, державна влада.

Summary

Kitaihorodskaya V. V. Concept of “official person” in labor law. – Article.

This article examines the problem of defining the concept of “official”. Doctrinal researches of scientists are considered, and also the scientific literature, the legislation operating in the territory of Ukraine, concerning definition of concept of “official of local government” in the modern legislation of Ukraine, establishment of essence of concept of “official of local government” and formation of offers on perfection of the current legislation. Thus, analyzing the note of the Criminal Code of Ukraine, the author concluded that we can characterize the concept of “official” by their powers. In the study, the author distinguished between the concepts of “official” and “official” by outlining the criteria for delimitation, and outlining the criteria is possible to determine the content of the legal status of local government officials. In this scientific article the author approaches the issues of service in local governments as a complex political and le-

gal phenomenon and in accordance with the Constitution of Ukraine local government is an independent basis of the constitutional order of Ukraine, as the only source of power in Ukraine is the people through state authorities and local self-government bodies.

The author draws conclusions and makes specific suggestions. Thus, the author in the study of this issue concluded that local governments can be defined as representative bodies of public authority, which in accordance with the law represent the interests of territorial communities, under their own responsibility to manage local affairs within the Constitution of Ukraine and laws of Ukraine. The author also draws a conclusion from the research and emphasizes that it is the position that determines the presence of power of the official, his role and importance in the management process. Execution of organizational and administrative function is a characteristic feature only for a managerial position. Ways to overcome the problem of defining the concept, highlight its features.

Key words: person, official, official, state authority.

ЕКОЛОГІЧНЕ І ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.4:349.6 (477)

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.622>*М. М. Сірант**orcid.org/0000-0002-9393-2397**доцент кафедри конституційного та міжнародного права
Навчально-наукового інституту права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

ГАРАНТІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СПРИЯТЛИВЕ НАВКОЛИШНЄ ПРИРОДНЕ СЕРЕДОВИЩЕ

Постановка проблеми. Право на сприятливе навколишнє середовище можна віднести до групи соціальних прав людини. Це право пов'язане з іншими наявними системами прав. За правовою природою це право пов'язано з правом людини на життя, з правом людини на охорону здоров'я. Це зумовлено тим, що права людини на життя та права людини на охорону здоров'я пов'язані з правом на сприятливе навколишнє середовище, маючи однозначний предмет, способи регулювання права. У зв'язку з реалізацією Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, необхідно вивчити гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище, наявні в національній юридичній науці.

Метою статті є дослідження гарантій реалізації права на сприятливе навколишнє середовище.

Стан дослідження проблеми. Проблематику гарантій реалізації права на сприятливе навколишнє природне середовище підіймали в наукових працях учені-юристи В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрийко, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, Л.П. Василенко, В.В. Галунько, В.М. Гаращук, О.П. Гетманець, А.П. Гетьман, І.В. Драган, В.С. Дудюк, О.С. Заржицький, В.Г. Ковальчук, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпаков, Б.А. Кормич, О.В. Кузьменко, О.Я. Лазор, В.Я. Малиновський, А.Ф. Мельник, О.І. Миколенко, Н.М. Нестеренко, І.О. Онищенко, В.В. Сокуренько, С.Г. Стеценко й інші.

Виклад основного матеріалу. Гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє природне середовище стали однією з умов здійснення державної політики у сфері екології, що знаходить відбиття в галузевих документах довгострокового планування. Без гарантій реалізації названого права неможливо забезпечити стійкість екологічного правопорядку й охорони здоров'я людей навіть у разі відсутності шкідливого впливу природних умов. Однак без участі держави в процесі

формування системи гарантій права на сприятливе навколишнє середовище забезпечення в реальній дійсності неефективно. Гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище не тільки припускають дієву, гармонійну, упорядковану співпрацю громадянського суспільства й держави, а й мають на увазі поєднання засобів та умов для реалізації такого права.

Систему гарантій забезпечення екологічних прав громадян України визначено в статті 10 закону «Про охорону навколишнього природного середовища», який забезпечив комплексне регулювання екологічних відносин з урахуванням чинної природоохоронної практики України й міжнародного досвіду в цій сфері [1, с. 104].

Серед правознавців немає єдиної класифікації гарантій реалізації права людини на сприятливе навколишнє середовище. У навчальній літературі виділяють загальні та юридичні гарантії. Загальні гарантії містять: матеріальні або економічні, політичні або ідеологічні, духовно-культурні або соціальні гарантії. Економічні гарантії права представляють матеріальний простір, де безперешкодно переміщуються фінансові кошти, існує конкуренція та свобода господарської діяльності, визнаються та захищаються всі види власності, передбачені чинним законодавством. Економічні гарантії права здійснюють належне партнерство між громадянином і публічними органами, виробником і споживачем. Економічні гарантії належать до значущих чинників реалізації права на сприятливе навколишнє середовище.

Гарантії більшою мірою присутні не в правовій, а в матеріальній дійсності.

Аналіз наукових позицій вчених у сфері адміністративного й екологічного права показав, що складовою частиною економічних гарантій права на сприятливе навколишнє середовище може виступати екологічна експертиза, проведена з метою забезпечення оптимального рівня користування природними ресурсами.

На думку З.В. Корж та А.П. Войцицького, екологічна експертиза як особлива організаційно-правова форма превентивного контролю є одним із найефективніших засобів запобігання шкоді, яка завдається навколишньому середовищу й здоров'ю людини [1, с. 2].

Нині екологічна експертиза визначається законом «Про оцінку впливу на довкілля». Сфера застосування оцінки впливу на довкілля визначається статтею 3 зазначеного закону [2].

Натепер інститут оцінки впливу на довкілля як елемент економічного механізму реалізації названого права не зовсім результативний. Натомість економічний чинник у механізмі гарантування права на сприятливе навколишнє середовище надзвичайно важливий. Інтереси у сфері охорони навколишнього середовища неможливо забезпечити окремо від матеріальних, оскільки вони єдині в соціальній спрямованості. На нашу думку, питання зміни нормативно-правових актів, які спрямовані на ефективне партнерство економіки й екології, належать до одних із пріоритетних.

Одним із чинників здійснення права на сприятливе навколишнє середовище стає прозора діяльність публічних органів і громадянського суспільства. У поточних умовах здійснюється зростання ролі впливу господарської діяльності на навколишнє середовище. Це призводить до погіршення обстановки у сфері екології та якості навколишнього середовища, через що знижується рівень гідного життя людей і збільшуються шкідливі наслідки для економіки й суспільства.

Закон «Про охорону навколишнього природного середовища» регулює економіко-правові гарантії у сфері екології [3]. Закон містить основні положення про плату за негативний вплив на навколишнє середовище, регламентує підтримку господарської діяльності й діяльності з метою охорони навколишнього природного середовища державою. У законі присутні положення, що стосуються екологічного страхування, які в комплексі становлять економіко-правові гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище.

У законі переважає невизначеність низки понять, однак цим поняттям варто дати категоричні визначення, оскільки від того, як здійснюються на практиці економіко-правові гарантії, залежить ефективність реалізації права на сприятливе навколишнє середовище.

Під економіко-правовими гарантіями реалізації права на сприятливе навколишнє середовище мають на увазі умови, спрямовані на соціальний і матеріальний розвиток суспільства, зумовлені мінімальною ймовірністю появи чинників, що негативно впливають на діяльність людини.

Плата за негативний вплив на навколишнє середовище може бути використана як важливий елемент економіко-правових гарантії реалізації

названого права. Положення Закону «Про охорону навколишнього природного середовища» регламентують засади справляння плати за негативний вплив на навколишнє середовище. У законодавстві відсутня ефективна схема реалізації цього платежу для результативного відновлення навколишнього середовища.

Матеріальні кошти від забруднення навколишнього середовища підприємствами надходять до бюджетного фонду, водночас якісні характеристики навколишнього середовища залишаються в незадовільному стані. Часто господарчі суб'єкти виплачують платежі за негативний вплив і продовжують здійснювати забруднення, що є перешкодою економіко-правових гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище.

Для посилення здійснення на практиці економіко-правових гарантії реалізації доцільно розглянути можливість зміни порядку справляння плати за негативний вплив. Важливо розглянути питання цілеспрямованого використання як інструменту бюджетної політики для стабільного забезпечення фінансовими ресурсами екологічних завдань держави.

Необхідно зазначити, що актуально стягувати кошти й поліпшити екологічну й економіко-правову ефективність розподілу коштів. Це дозволить адресувати кошти на заходи з охорони природи, через що з'явиться позитивна динаміка стану якості навколишнього середовища.

Одним зі шляхів інституційної підтримки в Україні може бути фінансування екологічних проєктів із місцевих бюджетів, у тому числі обласних фондів охорони навколишнього природного середовища, але цей шлях потребує розвитку. В Україні у 2017–2018 роках існувала практика фінансування екологічних проєктів із місцевих, зокрема обласних, бюджетів, у тому числі обласних фондів охорони навколишнього природного середовища. Однак цю практику не можна назвати поширеною, розвиненою, стабільною та ефективною, зокрема на регіональному рівні [4, с. 106].

У Цілях сталого розвитку України на період до 2030 року передбачено, що, відповідно до рекомендацій та основних принципів, які містяться в програмних документах Конференції Організації Об'єднаних Націй із навколишнього середовища й сталого розвитку, необхідно забезпечувати збалансоване прийняття рішень із проблем охорони навколишнього середовища й можливостей природних ресурсів для реалізації необхідних потреб різних поколінь людей [5].

Реалізацію права на сприятливе навколишнє середовище можна схарактеризувати як трудомістку, часто неефективну діяльність. Однак економіко-правові гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище припускають наявність рівноваги між економікою, правом

та екологією. Як стверджує М.М. Сливка, заходи, спрямовані на збереження сприятливого навколишнього природного середовища, існують у вигляді перспективної взаємодії [6, с. 8].

Повертаючись до гарантій реалізації, зробимо висновок про те, що гарантії потрібні для втілення в життя прав, свобод та обов'язків людини й громадянина. У зв'язку із цим їх характер, система й види повинні відповідати певним формам реалізації прав, свобод та обов'язків.

Залежно від сфери дії гарантії реалізації такого права можна класифікувати на внутрішньодержавні й міжнародні. Внутрішньодержавні гарантії реалізації права на сприятливе середовище – це сукупність соціальних, матеріальних, ідеологічних, культурних, правових засобів та умов, які забезпечують належний захист цього права. Вони закріплюються в Конституції України та є частиною міжнародно-правового захисту.

Закон «Про охорону навколишнього природного середовища» відповідно до норм міжнародного права поширює дію на території континентального шельфу у виключній економічній зоні країни. Виходячи із цього, право, яке є частиною міжнародного права, впливає на зміну законодавства й практику правозастосування як елемент механізму міжнародної охорони.

Міжнародні гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище охоплюють сукупність міжнародних заходів матеріального, ідеологічного, правового характеру, комплексність умов здійснення засобів захисту спрямованих на виконання завдань з охорони й захисту названого права. Такими умовами є здійснення міжнародної політики, спрямованої на охорону навколишнього середовища, за допомогою кооперації країн. Проведення в економічній сфері політики, що не допускає забруднення навколишнього середовища не тільки на території однієї країни, а й на території суміжних країн у вигляді транскордонного негативного впливу. Такий підхід зазначено в Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року [7].

Відбиття в міжнародних нормах права на сприятливе навколишнє середовище можна розглядати як інструмент захисту. Ефективна діяльність міжнародних і регіональних організацій ООН, Ради Європи, Організації з безпеки і співробітництва в Європі, Європейського Союзу, Greenpeace Foundation у галузі забезпечення та реалізації такого права, функціонування профільних міжнародних організацій із захисту екологічних прав гарантує право на сприятливе навколишнє природне середовище.

Досліджуючи наявні в юридичній науці гарантії права на сприятливе навколишнє середовище, їх можна розділяти за способом викладу: прості інституційні гарантії та складні інституційні га-

рантії. Прості інституційні гарантії реалізації представляють закріплену в законі сукупність способів та умов, причин і чинників, спрямованих на забезпечення охорони й захисту цього права. Складні інституційні гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище – це закріплена в правових нормах сукупність способів та умов, причин і факторів, спрямованих на забезпечення охорони й захисту не тільки названого права, а й інших прав, наприклад, економічних, соціальних, культурних прав людини.

Аналізуючи різноманітність класифікацій гарантій конституційного права на сприятливе навколишнє середовище, варто виділити загальні й спеціальні (юридичні) гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище. Загальні гарантії реалізації такого права стосуються великої групи правовідносин, до яких можна віднести норми, які регламентують цілісний характер функціонування держави й норми, що встановлюють захист правовідносин, наприклад, положення Конституції України.

Спеціальні гарантії реалізації вказаного права – це правові норми, які розкривають зміст, сутність, систему реалізації розглянутого права. Норми, що містяться в Конституції України, встановлюють право на правдиву екологічну інформацію, право на відшкодування шкоди, заподіяної майну й здоров'ю людини внаслідок правопорушення в екологічній сфері, обов'язок збереження природи й навколишнього середовища.

Перелік видів гарантій реалізації права на сприятливе навколишнє середовище досить великий, адже сутність цих прав взаємопов'язана з іншими потребами людини. Право на сприятливе навколишнє середовище можна віднести до списку прав, встановлених у законі як «декларації». Тому доцільно розглянути правові норми, що розкривають детально й поступово роль і значення гарантій реалізації цього права.

Наприклад, у статті 50 Конституції України разом із правом на сприятливе навколишнє середовище визначено два окремих права. Кожне з них означає правові можливості. Такі права існують відносно один до одного в постійній взаємодії, визначають значення правочинів в екологічній сфері.

Право на правдиві інформаційні відомості у сфері екології є ефективною гарантією реалізації права на сприятливе навколишнє середовище. Це слід обґрунтувати тим, що можливість громадян брати, користуватися, змінювати, зберігати відомості є визначальною умовою життя в соціумі. Це вимагає створення системи нормативно-правового регулювання транспарентності публічного управління, яка відповідає європейським стандартам і спрямована на підвищення ефективності органів публічного управління та суб'єктної структури місцевого самоврядування,

вдосконалення відносин між центром і місцевими громадами, зростання якості життя населення шляхом різних чинників, у тому числі гарантій права на сприятливе навколишнє природне середовище [9, с. 47].

Право вимагати від державних органів, органів місцевого самоврядування, інших організацій актуальну, всеосяжну й справжню інформацію про стан навколишнього середовища є деталізацією одного з основних принципів охорони навколишнього середовища, оскільки в такому випадку зазначене право кореспондує обов'язки органів державної влади надати такі відомості.

Варто підкреслити положення, спрямоване на втілення в дійсність цього права, – це право на відшкодування збитку, який завдано здоров'ю або майну людини внаслідок правопорушення у сфері екології. Законом «Про охорону навколишнього природного середовища» встановлено, що спори щодо сфери охорони навколишнього середовища розв'язуються в судових органах у передбаченому законом порядку. Поява шкоди в галузі екології стала дуже частим типом майнового правопорушення. О.О. Веклич зазначає, що для обґрунтування компенсаційних схем відшкодування збитків від забруднення екосистем доречно застосовувати покомпонентні методичні підходи, нині запроваджені в зарубіжних практиках, які, однак, є відносно новими в українській економіці природокористування [10, с. 7].

Право на відшкодування шкоди, яке завдане здоров'ю або майну людини внаслідок правопорушення у сфері екології, є одночасно правом і гарантією реалізації права на сприятливе навколишнє середовище. Наявна правозастосовна практика демонструє невелику ефективність судового захисту компенсації шкоди. На думку О.В. Глуханчука, держава зобов'язана забезпечити доступ громадськості до процедур оскарження дій і бездіяльності державних органів і приватних осіб, що порушують вимоги національного екологічного законодавства. Представники громадськості мають право сперечатися з порушенням національного законодавства у сфері довкілля незалежно від того, належать такі порушення до прав на інформацію та на участь громадськості в процесі ухвалення рішень, гарантованих Орхуською конвенцією, чи ні [11, с. 27–28].

Ситуація, що склалася, залежить не тільки від зatoryжного розгляду судами екологічних справ, а й від мінімального включення в бюджетний фонд регіонального й місцевого рівня коштів на такі цілі.

Особливу роль в реалізації права на сприятливе навколишнє середовище відіграють організаційні гарантії. Організаційні гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище представляють комплексну діяльність держави, її органів, посадових осіб, громадських організацій у галузі

правотворчої, правозастосовної практики, здійснення заходів режимного й контрольного характеру. Л.О. Ємець зазначає, що управління у сфері забезпечення екологічної безпеки держави слід відносити до різновидів соціального управління, адже його об'єктом переважно є поведінка людей у відносинах, які виникають, розвиваються та припиняють своє існування під час реалізації державою її екологічної політики в частині забезпечення екологічної безпеки держави [12, с. 13].

Зі змісту Конституції України й закону «Про охорону навколишнього природного середовища» право на сприятливе навколишнє середовище відстоюється в порядку, передбаченому адміністративно-процесуальним законодавством за допомогою правоохоронних органів [13, с. 52].

Досліджуючи організаційні гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище, доцільно зазначити, що громадяни можуть звертатися в державні органи для захисту порушеного права, використовуючи таку можливість у різних формах.

Що стосується права на сприятливе навколишнє середовище, організаційні гарантії реалізації цього права у сфері виконавчої влади мають свої особливості. Ефективний захист права громадян вимагає чіткого не тільки правового закріплення переказних обов'язків відповідних державних органів, а й фактичного виконання.

Громадянам надано право на направлення звернень і запитів в органи державної влади й місцевого самоврядування, в інші організації або посадовим особам із приводу надання актуальної інформації, що стосується стану екології на території проживання та заходи, що вживаються для її збереження. Закони «Про інформацію» та «Про ратифікацію Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля» встановлюють обов'язок виконавчих органів державної влади надавати інформацію про діяльність з охорони навколишнього середовища [14; 15].

Розглянуті законодавчі положення належать до організаційних гарантій реалізації права на сприятливе навколишнє середовище. Однак пасивна поведінка органів державної влади з виконання повноважень у галузі збереження навколишнього середовища створює масу правопорушень. У зв'язку із цим слід зазначити, що фізичні особи, громадські об'єднання вправі звернутися за захистом права на сприятливе навколишнє середовище до Омбудсмена, діяльність якого є важливою частиною організаційних гарантій реалізації права.

У сферу діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини входить спостереження за дотриманням законності в діях держав-

них органів із метою захисту прав людини. Згідно з положеннями закону «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» Омбудсмен за власною ініціативою має право вживати заходи, які спрямовані на захист прав людини [16]. Інститут Омбудсмена, його робочий апарат є унікальним державним органом, у тому числі у сфері екології не тільки на центральному рівні, але й в регіонах країни. У всіх областях України функціонує представник Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. У щорічній доповіді за 2019 рік Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини в розділі 2.4 «Право на безпечне довкілля» передбачено включити до Національного плану дій з охорони навколишнього природного середовища на 2020–2025 роки ряд заходів, спрямованих на забезпечення права на сприятливе навколишнє природне середовище [17, с. 66].

У широкому сенсі до гарантій реалізації права людини на сприятливе навколишнє середовище можна віднести загальні політичні, економіко-правові, соціальні гарантії, які покликані забезпечити реалізацію та захист такого права.

Висновки. Під час вивчення класифікацій гарантій реалізації права на сприятливе навколишнє природне середовище варто зазначити, що всі типи гарантій важливі, оскільки створюють можливість для результативності такого права й реалізації необхідної мети. Зростання рівня довіри суспільства до активності органів державної влади й місцевого самоврядування в процесі здійснення екологічної діяльності, в діалектично складних відносинах економіки й права диктує необхідність встановлення особливої ролі за організаційними й економіко-правовими гарантіями реалізації права на сприятливе навколишнє природне середовище. Обумовлено це тим, що такі види гарантій реалізації мають на увазі можливість найефективнішого забезпечення та захисту законних інтересів. Не можна применшувати важливість взаємодії цих видів гарантій реалізації права на сприятливе навколишнє середовище з іншими його гарантіями – загальними й спеціальними (юридичними).

Література

1. Дрижак В.В., Шишова А.Я. Система екологічно-правових гарантій як фактор забезпечення екологічних прав громадян України. *Правові, соціальні та екологічні аспекти захисту довкілля* : матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Чернігів, 19 квітня 2018 р. Чернігів : Академія Державної пенітенціарної служби, 2018. 122 с.
2. Корж З.В., Войцицький А.П. Нормативно-правові та організаційні аспекти здійснення екологічної експертизи проектних матеріалів. URL: <http://academy.gov.ua/ej/ej12/txts/10kzverp.pdf>.
3. Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23 травня 2017 р. № 2059-VIII / Верховна Рада

України. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 29. Ст. 315.

4. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 р. № 1264-XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

5. Матус С.А., Левіна Г.М., Карпюк Т.С., Денищик О.Ю. Базове дослідження стану та напрямів розвитку екологічної політики України та перспектив посилення участі організацій громадянського суспільства у розробці та впровадженні політик, дружніх до довкілля : аналітичний звіт. Київ : Міжнародний фонд «Відродження», 2019. 117 с.

6. Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року : Указ Президента України від 30 вересня 2019 р. № 722/2019 / Президент України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text>.

7. Сливка М.М. Взаємодія суб'єктів охорони навколишнього природного середовища (адміністративно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Львів, 2019. 23 с.

8. Про основні засади (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року : Закон України від 28 лютого 2019 р. № 2697-VIII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 16. Ст. 70.

9. Єсімов С.С., Бондаренко В.А. Транспарентність як принцип діяльності органів публічного управління в умовах використання інформаційних технологій. *Соціально-правові студії* : науково-аналітичний журнал. 2018. Випуск 1. С. 42–49.

10. Веклич О.О. Базові інноваційні підходи до формування компенсаційного механізму відшкодування збитків від погіршення/знищення екосистемних послуг. *Ефективна економіка* : електронне наукове фахове видання. 2019. № 5. URL: http://www.economy.nauka.com.ua/pdf/5_2019/3.pdf.

11. Глуханчук О.В. Окремі аспекти доступу громадян до правосуддя з питань довкілля. *Судовий захист природного довкілля та екологічних прав* : збірник матеріалів Міжнародного судового форуму, м. Київ, 7 листопада 2019 р. Київ : Верховний Суд України, 2019. 192 с.

12. Ємець Л.О. Адміністративно-правові засади управління у сфері забезпечення екологічної безпеки держави : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2019. 42 с.

13. Ковалів М.В., Єсімов С.С., Лозинський Ю.Р. Правове регулювання правоохоронної діяльності : навчальний посібник. Львів : ЛьвДУВС, 2018. 323 с.

14. Про інформацію : Закон України від 02 жовтня 1992 р. № 2657-XI / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

15. Про ратифікацію Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля : Закон України від 06 липня 1999 р. № 832-XIV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 34. Ст. 296.

16. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 р. № 776/97-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 20. Ст. 99.

17. Щорічна доповідь за 2019 рік Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини «Про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні». Київ : Поліграфічна компанія «Гепард». 258 с.

Анотація

Сірант М. М. Гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє природне середовище. – Стаття.

У статті досліджено гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище. Визначено конституційні засади гарантій на сприятливе навколишнє природне середовище. Розглянуто класифікації гарантій на сприятливе навколишнє природне середовище й погляди учених із зазначеного питання. Схарактеризовано загальні та юридичні гарантії. Указано, що загальні гарантії містять економічні, політичні, соціальні, культурно-духовні. Розкрито зв'язок між нормами Конституції України, закону «Про охорону навколишнього природного середовища» й нормативно-правовим регулюванням економічних гарантій. Розглянуто право на відшкодування шкоди, завданої довкіллю, як гарантію забезпечення сприятливого навколишнього природного середовища й організаційні гарантії права на сприятливе навколишнє середовище.

Зауважено, що гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє природне середовище стали однією з умов здійснення державної політики у сфері екології, що знаходять відбиття в галузевих документах довгострокового планування. Без гарантій реалізації названого права неможливо забезпечити стійкість екологічного правопорядку й охорони здоров'я людей навіть при відсутності шкідливого впливу природних умов. Однак без участі держави в процесі формування системи гарантій права на сприятливе навколишнє середовище забезпечення в реальній дійсності неефективне. Гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє середовище не тільки припускають дієву, гармонійну, упорядковану співпрацю громадянського суспільства й держави, а й мають на увазі поєднання засобів та умов для реалізації такого права.

Звернуто увагу на те, що одним із чинників здійснення права на сприятливе навколишнє середовище стає прозора діяльність публічних органів і громадянського суспільства. У поточних умовах здійснюється зростання ролі впливу господарської діяльності на навколишнє середовище. Це призводить до погіршення обстановки у сфері екології та якості навколишнього середовища, через що знижується рівень гідного життя людей і збільшуються шкідливі наслідки для економіки й суспільства.

Ключові слова: гарантії, право, навколишнє природне середовище, загальні та юридичні гарантії, економічні й організаційні гарантії.

Summary

Sirant M. M. Guarantees of realization of the right to a favorable natural environment. – Article.

The article examines the guarantees of realization of the right to a favorable environment. The constitutional principles of guarantees for a favorable environment have been determined. The classifications of guarantees for a favorable environment and the views of scientists on this issue are considered. General and legal guarantees are described. It is stated that general guarantees include economic, political, social, cultural and spiritual. The connection between the norms of the Constitution of Ukraine, the law "On Environmental Protection" and the legal regulation of economic guarantees is revealed. The right to compensation for damage to the environment as a guarantee of a favorable environment and organizational guarantees of the right to a favorable environment are considered.

It is noted that guarantees of realization of the right to a favorable environment have become one of the conditions for the implementation of state policy in the field of ecology, which are reflected in the sectoral documents of long-term planning. Without guarantees of the implementation of this right, it is impossible to ensure the sustainability of environmental law and order and human health, even in the absence of harmful effects of natural conditions. However, without the participation of the state in the process of forming a system of guarantees of the right to a favorable environment, ensuring in reality is ineffective. Guarantees for the realization of the right to a favorable environment not only presuppose effective, harmonious, orderly cooperation between civil society and the state, but also imply a combination of means and conditions for the realization of such a right.

Attention is drawn to the fact that one of the factors in the exercise of the right to a favorable environment is the transparent activities of public authorities and civil society. In the current conditions, the role of the impact of economic activity on the environment is growing. This leads to a deterioration of the environment and the quality of the environment, which reduces the standard of living of people and increases the harmful effects on the economy and society.

Key words: guarantees, law, environment, general and legal guarantees, economic and organizational guarantees.

УДК 349.6
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.623>

Н. Я. Шпарик
orcid.org/0000-0002-6660-4881
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОВОДЖЕННЯ З ДИКИМИ ТВАРИНАМИ В УКРАЇНІ

Тварини згідно зі ст. 180 Цивільного кодексу України [1] є особливим об'єктом цивільних прав. На них поширюється правовий режим речі, крім випадків, встановлених законом. Правила поведження з тваринами встановлюються, зокрема, Законами України «Про тваринний світ» [2], «Про захист тварин від жорстокого поводження» [3] та іншими. Однак тварини як об'єкт тваринного світу є також об'єктом еколого-правового регулювання.

Проблеми правового регулювання захисту тварин від жорстокого поводження розглядалися в працях таких українських вчених, як І.М. Берегеля, О.І. Буткевич, І.А. Головка, І.А. Городецька, Н.І. Зубченко, К.Р. Короткий, Л.Д. Нечипорук, М.В. Пашковська, А.С. Славко, В.О. Турська, В.В. Шеховцов, О.О. Шуміло. Водночас у законодавстві України продовжує існувати низка прогалин, які суттєво впливають на застосування відповідних норм щодо поводження з тваринами на практиці. Викладення цих питань і є метою нашого дослідження.

Три роки тому в Україні почало діяти нове законодавство у сфері поводження з тваринами, яке встановлює, зокрема, жорсткіші види покарання за неналежне або жорстоке поводження з тваринами. Йдеться про два закони, що набули чинності у 2017 році, а саме Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження гуманного ставлення до тварин» [4] і Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Конвенції про охорону дикої флори й фауни й природних середовищ існування в Європі» [5].

Перший закон розширив законодавче трактування жорстокого поводження з тваринами й збільшив санкції адміністративної та кримінальної відповідальності за правопорушення в цій сфері. Так, якщо раніше за жорстоке поводження з тваринами, їх мордування або вчинення інших дій, що призвели до їх мучення чи каліцтва, було передбачено штраф у розмірі від 153 до 357 грн, то тепер він становить від 3 400 до 5 100. А санкція ст. 299 Кримінального кодексу [6] починалася одразу ж з арешту, хоча згодом її доповнили [7] санкцією у вигляді штрафу від 1 051 000 до 3 153 000 грн (у перерахунку станом

на 01 січня 2020 року). Такий стан речей правильний і доцільний, враховуючи зарубіжний досвід і міжнародні зобов'язання України, а також необхідність посилення охорони тваринного світу зі сторони держави.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Конвенції про охорону дикої флори й фауни й природних середовищ існування в Європі» затверджено доповнення до ст. 63 Закону «Про тваринний світ», які дозволяють Кабінету Міністрів України затверджувати розмір компенсації за незаконне добування, знищення або пошкодження видів тварин. Крім того, передбачено збільшення розміру штрафів у 10 разів за порушення ст. ст. 87, 88, 88-2 Кодексу про адміністративні правопорушення [8] (далі – КУпАП), які регламентують охорону флори й фауни. Водночас до ст. 88-1 цього Кодексу, яка передбачає відповідальність за порушення порядку придбання чи збуту об'єктів тваринного або рослинного світу, правил утримання диких тварин у неволі або в напіввільних умовах, з якихось причин зміни не пропонувалися. Хоча в такій сфері випадків неналежного виконання законодавства достатньо. Адже часто в засобах масової інформації або соціальних мережах можна прочитати про невдоволення людей, яке викликано утриманням диких тварин у неналежних умовах (маленькі клітки, погані умови утримання, непрофесійний персонал тощо). Ще гіршою стає ситуація, якщо ці тварини завдають шкоди майну або здоров'ю людей, які знаходилися поряд із кліткою дикої тварини.

Водночас з єдиного державного реєстру судових рішень можна зробити висновок, що за цією статтею часто притягають до відповідальності осіб, які до прикладу продають на міських ринках рибу без відповідних документів, що засвідчують законність придбання риби, чим порушується вимога ст. 7 Закону України «Про тваринний світ» та п. 3.14 Правил любительського й спортивного рибальства [9]. Звісно, продаж риби невідомого походження теж може спричинити захворювання в людей, чим порушує їхнє право на якісну їжу, тому контроль за якістю продуктів споживання та притягнення до відповідальності винних осіб важливий зі сторони держави.

Але візьмемо за приклад цікавішу ситуацію, коли особа утримує ведмедя в приватному секторі. В Україні поширений лише один вид цих тварин, а саме ведмідь бурий (*Ursus arctos*), що занесений до Червоної книги України з 2003 року, а також до Червоного списку Міжнародного союзу охорони природи, CITES, і як вид, що підлягає особливій охороні, до Бернської конвенції. Природоохоронний статус виду: Зникаючий. Правила утримання диких тварин, що занесені до Червоної книги України, регулюються Законом України «Про Червону книгу України» [10]. Законність набуття в приватну власність об'єктів Червоної книги України повинна бути підтверджена відповідними документами. Відповідно до ст. 19 цього закону спеціальне використання (добування, збирання) об'єктів Червоної книги України здійснюється у виняткових випадках лише в наукових і селекційних цілях, в тому числі для розмноження, розселення та розведення в штучно створених умовах, а також для відтворення популяцій за дозволом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього природного середовища, на підставі рішень Національної комісії з питань Червоної книги України, прийнятих відповідно до її повноважень.

Спеціальне використання (добування, збирання) об'єктів Червоної книги України з метою отримання прибутку забороняється. Порядок видачі й форма дозволів на спеціальне використання (добування, збирання) об'єктів Червоної книги України визначаються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони навколишнього природного середовища, тобто Міністерством захисту довкілля та природних ресурсів України (далі – Міндовкілля).

Крім того, відповідно до ст. 7 Закону України «Про тваринний світ» законність набуття в приватну власність об'єктів тваринного світу (крім добутих у порядку загального використання) повинна бути підтверджена відповідними документами, що засвідчують законність вилучення цих об'єктів із природного середовища, ввезення в Україну з інших країн, факту купівлі, обміну, отримання в спадок тощо, які видаються в установленому законодавством порядку.

Згідно з п. 3.1. Наказу Мінагрополітики від 13 жовтня 2010 року №643 «Про затвердження Правил використання тварин у видовищних заходах» [11], утримання великих диких тварин (до яких відноситься бурий ведмідь) допускається лише в спеціалізованих закладах (зоопарк, цирк тощо). Утримання диких тварин у неволі допускається за наявності дозволу, що видається центральним органом виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища.

Таким чином, щодо бурого ведмедя поширюється особливий правовий режим охорони, суть якого полягає як у необхідності отримання всіх належних документів на право власності на його утримання, так і в умовах утримання, забезпеченні техніки безпеки, належних розмірів вольєру, систематичних ветеринарних оглядів, наявності кваліфікованого персоналу, який умітиме поводитися із цією дикою твариною, годувати її та охороняти.

Крім того, виникає запитання стосовно мети утримання такого виду тварин, як ведмідь, у рестораних чи інших приватних комплексах, адже отримання прибутку (в тому числі використання ведмедя в рекламних цілях) у цій ситуації заборонено законом, а інша мета виглядає сумнівною.

З метою врегулювання питань утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах, суб'єктами господарювання Міндовкілля прийняло Наказ від 30 вересня 2010 року № 429 [12], яким затвердило Порядок утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах. Цей Порядок встановлює механізм утримання, використання диких тварин, у тому числі занесених до Червоної Книги України або які є об'єктами регулювання Конвенції про міжнародну торгівлю видами дикої фауни й флори, що знаходяться під загрозою зникнення (далі – CITES), у неволі або в напіввільних умовах, визначає права й обов'язки власників диких тварин, а також контроль у цій сфері.

Те, що цей Порядок затверджений лише наказом Міндовкілля, децюприменшує авторитетність, контроль та якість виконання врегульованих таким нормативно-правовим актом приписів щодо охорони й належного утримання диких тварин.

Відповідно до п. 3.1. цього Порядку існують три основні умови, які допускають утримання диких тварин у неволі, а саме, якщо:

- 1) створені умови, що відповідають їх біологічним, видовим та індивідуальним особливостям;
- 2) дотримані вимоги, встановлені Законом України «Про захист тварин від жорстокого поводження»;
- 3) наявні документи, що підтверджують законність набуття дикої тварини.

Догляд за тваринами має здійснюватися під керівництвом кваліфікованих спеціалістів у такий спосіб, щоб уникнути дискомфорту, стресів і травмування тварин.

Разом із тим законодавство України не містить вимог щодо професійно-освітніх характеристик осіб (у тому числі власників), які здійснюють поводження з тваринами, тому було б доцільним затвердити на законодавчому рівні вимоги щодо обов'язкового мінімуму знань для таких осіб. Природно, що такі вимоги повинні стосуватися

власників тварин, які використовують їх у господарській діяльності або утримують значну кількість особин тварин [13, с. 277].

Дикі тварини повинні утримуватися у вольєрах, клітках або інших приміщеннях, норми площі яких не можуть бути менші, ніж мінімальні норми згідно з додатком до цього Порядку. Наприклад, мінімальна площа для утримання та розведення ведмежих (із розрахунку на одну особину) становить 30 м² площі й 3 метри висоти у вольєрі.

Контроль за дотриманням законодавства в процесі утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах, здійснює Державна екологічна інспекція України та її територіальні органи.

Так, відповідно до підпункту д) п. 4 Положення про Державну екологічну інспекцію України [14] Держекоінспекція здійснює державний нагляд (контроль) за додержанням територіальними органами центральних органів виконавчої влади, місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування в частині здійснення делегованих їм повноважень органів виконавчої влади, підприємствами, установами й організаціями незалежно від форми власності й господарювання, громадянами України, іноземцями й особами без громадянства, а також юридичними особами – нерезидентами вимог законодавства про раціональне використання, відтворення та охорону об'єктів тваринного світу, зокрема щодо: регулювання чисельності диких тварин; використання та відтворення рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тварин, занесених до Червоної книги України; утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах; наявності документів, що підтверджують законність набуття диких тварин, у тому числі тих, що занесені до Червоної книги України; наявності дозвільних документів на утримання та розведення диких тварин; захисту диких тварин від жорстокого поводження; законності набуття в приватну власність об'єктів тваринного світу.

Таким чином, у разі недотримання власником тварини (зокрема бурого ведмедя) умов щодо її утримання Держекоінспекція має відповідні повноваження для реагування на такі порушення. Серед планів перевірок навряд чи будуть такі підприємства, як ресторан чи відпочинковий комплекс, тому для оперативного реагування на порушення в цій сфері єдиним шляхом є, наприклад, звернення фізичної особи (фізичних осіб) про порушення, що спричинило шкоду її (їхнім) правам, законним інтересам, життю чи здоров'ю, навколишньому природному середовищу відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» [15].

У ч. 3 ст. 88-1 КУпАП передбачена відповідальність за порушення правил утримання диких тварин у неволі або в напіввільних умовах. Саме за цією статтею в єдиному державному реєстрі судових рішень можна знайти справи про неналежне утримання ведмедів у неволі. Санкція статті передбачає штраф від 51 до 850 гривень (приблизно від 1,5 до 25 EUR) із конфіскацією об'єктів тваринного або рослинного світу чи без такої. Об'єктивну сторону такого правопорушення становить звичайне недотримання мінімальних норм розмірів вольєру й відсутність дозволу на утримання тварини. Якщо розміри вольєру – це виключна компетенція та відповідальність власника тварини, то з наявністю дозволу на утримання тварин у неволі, що видається Міндовкілля, ситуація складніша.

Як вже зазначалося вище, законодавство України передбачає обов'язковість отримання такого дозволу й зазначає, що видача цього документа закріплена за Міндовкілля, проте сама процедура отримання такого дозволу не прописана міністерством. Виникає казус, коли навіть добросовісний власник звертається до Міндовкілля за отриманням дозволу, а йому його не видають через відсутність процедури й неузгодженість законодавства.

Приклад такої прогалини в законодавстві можна спостерігати, зокрема, в рішенні Ленінського районного суду м. Миколаєва від 24 вересня 2013 року, справа № 3/489/2021/13 [16], де вказується, що під час перевірки діяльності *Комунальної установи «Миколаївський зоопарк»* встановлено, що комунальною установою утримуються дикі тварини, а саме: ведмідь камчатський бурий (дві особи), ведмідь гімалайський білогрудий, ведмідь губач, за такої умови, що дозвіл на утримання диких тварин у неволі відсутній. Комунальна установа «Миколаївський зоопарк» 20 серпня 2013 року за вих. № 278 звернулося до департаменту охорони природних ресурсів Міністерства екології та природних ресурсів України щодо роз'яснення процедури й можливості отримання дозволів на утримання диких тварин у неволі, в умовах зоопарку, зокрема ведмедів. На що вказана установа дала роз'яснення, що порядок видачі таких дозволів ще не затверджений у зв'язку з невідповідністю Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження», Закону України «Про тваринний світ», Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності».

У рішенні Кременського районного суду в Луганській області від 24 липня 2017 року, справа № 414/1249/17 [17] вбачається ідентична ситуація. 22 червня 2017 року об 11.10 у ході проведення позапланової перевірки на товаристві з обмеженою відповідальністю «Пінта-Кременський пивоварний завод» було виявлено бурого ведмедя в клітці, відповідальною особою за якого згідно з наказом по підприємству є ОСОБА_2 (працює на

посаді юрисконсульта). Ведмідь на час перевірки утримувався з порушенням правил утримання диких тварин у неволі. ОСОБА_2 свою провину визнав частково. Зазначив, що наказом по підприємству вчинено ряд дій відповідно до припису екологічної інспекції щодо покращення умов утримання тварини, а саме ведмедя, та доведення їх до стандартів, передбачених законодавством. Щодо отримання дозволу на утримання тварини вказав, що він намагався його отримати, проте існує законодавча неузгодженість із цього питання, про що свідчить офіційний лист Міністерства екології та природних ресурсів України як відповідь на його звернення.

Таким чином, виникає ситуація, коли навіть у разі бажання добросовісно отримати обов'язковий дозвіл на утримання ведмедя в неволі уповноважене Міністерство не надає відповідні адміністративні послуги, тому адміністративне правопорушення матиме безперервний характер.

Разом із тим мізерна санкція ст. 88-1 КУпАП не зможе налякати ані добросовісного власника тварини, ані постійного порушника в цій сфері. Чи дає тоді якийсь результат притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності й чи можна тут говорити про виконання завдання КУпАП та основних правових функцій адміністративного законодавства, в разі якщо суди в цих справах змушені стати на бік винних осіб і призначати мінімальний штраф у розмірі 51 гривні? Враховуючи такий стан речей, чи можна говорити про належний правовий захист диких тварин і дієвість правових механізмів, які є в наявності в контрольних органах? Очевидно, що ні.

Додатковою санкцією вищевказаної статті передбачена можливість конфіскації тварин. Але тут теж виникає багато запитань, а суди взагалі не хочуть братися за таке, бо незрозуміло, що з такими тваринами далі робити та як їх «правильно» конфіскувати, куди їх скеровувати? Якщо Держекоінспекція під час перевірки самостійно не вкаже про необхідність конфіскації тварини, матеріально-технічні засоби для її транспортування (особливо якщо йдеться про велику дикую тварину) й про місце її подальшого можливого перебування, то суд не застосовуватиме санкцію у вигляді конфіскації.

Тому залишається лише сподіватися на добросовісність власників тварини, виконання ними приписів Держекоінспекції або пошук притулків для добровільної передачі тварини. Знову ж таки, ця ситуація відбиває неефективність чинного законодавства щодо захисту довкілля.

Позитивну практику у сфері реабілітації та захисту бурих ведмедів мають не стільки державні структури, скільки ведмежі притулки в Україні. У 2011 році на території Національного природного парку «Синевир» вперше запрацював Ре-

абілітаційний центр для бурих ведмедів, що займає площу 12 га. Під захист сюди потрапляють тварини, які зазнали жорстокого поводження чи утримувалися в неволі без відповідних умов. Ведеться також робота по відтворенню природної популяції (в Україні нараховано близько 300 особин) і поглибленню досліджень найбільшого хижака України. Ще один відомий центр порятунку й реабілітації бурих ведмедів «Домажир» діє у Львівській області й створений за підтримки міжнародного благодійного фонду FOUR PAWS, що базується у Відні (Австрія).

Проекти ведмежих притулків FOUR PAWS в Австрії, Німеччині, Україні, Косово, В'єтнамі, Болгарії та Швейцарії пропонують перевести до природного середовища бурих ведмедів, які утримуються в неволі в жахливих умовах. Тут вони можуть відновити свої природні інстинкти й поводитися природно, як у звичайних умовах, характерних для їх проживання.

Ці притулки зазвичай ведуть переговори з власниками ведмедів (ресторанні комплекси, бази відпочинку, цирки тощо) щодо добровільної передачі тварин на баланс ведмежих притулків. Також виникає запитання, з ким вести такі переговори, хто ж є власником ведмедя, якщо в ресторанах і баз відпочинку відсутні документи на утримання диких тварин (через відсутність процедури надання такого дозволу). А шляхів для примусового вилучення таких тварин натепер фактично не існує.

Незаконне або неналежне утримання диких тварин, зокрема ведмедів, може призвести до завдання шкоди третім особам. У такому випадку потрібно керуватися цивільним законодавством, а в разі завдання шкоди здоров'ю звертатися в поліцію із заявою про вчинення злочину в залежності від отриманих ушкоджень.

Законодавство України покладає відповідні обов'язки на власників тварин. Дикі тварини – це тварини, природним середовищем існування яких є дика природа, в тому числі ті, які перебувають у неволі чи напіввільних умовах (ст. 1 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження»), утримання яких вважається діяльністю, пов'язаною з підвищеною небезпекою (ч. 1 ст. 1187 Цивільного кодексу України). Шкода, завдана джерелом підвищеної небезпеки, відшкодовується особою, яка на відповідній правовій підставі (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди тощо) володіє транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом використання, зберігання або утримання якого створює підвищену небезпеку. Особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, відповідає за завдану шкоду, якщо вона не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого.

1 квітня 2020 року на сайті Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів України було оприлюднено Проект постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку видачі дозволів на спеціальне використання об'єктів тваринного світу». Цей документ має на меті визначити процедуру видачі, відмови у видачі, переоформлення, анулювання юридичним, фізичним особам – підприємцям, фізичним особам (далі – користувач) дозволів на спеціальне використання об'єктів тваринного світу.

Дозволи згідно з проектом видаватимуться на підставі заяви, в якій зазначаються, зокрема, назва виду й роду об'єктів тваринного світу латинською та українською мовами, а також заплановані обсяги їх використання, обґрунтування потреби в його здійсненні; мета використання; місце й строки використання. У разі здійснення спеціального використання об'єктів тваринного світу з метою отримання прибутку потрібно також подати документи, що засвідчують сплату збору за спеціальне використання об'єктів тваринного світу. Але ця норма не може поширюватися на спеціальне використання (добування, збирання) об'єктів Червоної книги України з метою отримання прибутку, оскільки це заборонено.

Також важливою вимогою в проекті постанови є подання відомостей про умови утримання тварин, наявність кваліфікованого персоналу, конкретні місця, в які планується здійснювати їх переселення, та засоби транспортування (в разі використання тварин із метою їх утримання та розведення в неволі чи напіввільних умовах або переселення в нові місця перебування) в довільній формі. Адже на практиці власники тварин дуже часто не дотримуються саме умов утримання тварин, а кваліфікований персонал, який має відповідну освіту й навички для поводження з дикими тваринами, взагалі відсутній.

Строк дії дозволу становитиме не більше 12 місяців. Після спливу цього терміну дозвіл необхідно переоформити. Користувач у місячний строк після закінчення строку дії дозволу в письмовій формі подає Міндовкілля звіти про спеціальне використання об'єктів тваринного світу із зазначенням місця, дати, способу їх добування, кількості й інформацію про подальше використання (реалізацію, утримання, зберігання тощо).

У разі необхідності надання порятунку диким тваринам, які зазнають лиха, користувач письмово повідомляє про це Держекоінспекцію із зазначенням місця виявлення дикої тварини й тимчасового її утримання (в разі неможливості надати допомогу дикій тварині без її вилучення з природного середовища) й одночасно подає Міндовкілля лише заяву для отримання дозволу. Ця норма буде корисною для волонтерів, екологів, активістів та

інших свідомих громадян, які виявили дику тварину в біді й вирішили їй самотужки допомогти.

Отже, аналіз вимог фауністичного законодавства щодо поводження з дикими тваринами й практики його застосування засвідчує існування низки законодавчих прогалин у цій сфері, насамперед стосовно правового забезпечення належного контролю за утриманням диких тварин у неволі й подальшої юридичної долі у випадку порушення вимог щодо їх утримання.

Задля вдосконалення правового регулювання відносин щодо поводження з дикими тваринами в Україні необхідно заповнити ці прогалини, зокрема:

1) передбачити порядок вилучення тварин у незаконних власників або злісних правопорушників контрольними органами з належним для цього матеріально-технічним забезпеченням;

2) налагодити координацію між Держекоінспекцією та реабілітаційними центрами для тварин;

3) встановити вимоги щодо професійно-освітніх характеристик осіб (у тому числі власників), які здійснюють поводження з тваринами;

4) посилити санкції за адміністративні правопорушення у сфері охорони природи й використання природних ресурсів за заподіяння шкоди об'єктам тваринного світу;

5) визначити умови й порядок видачі дозволів на спеціальне використання об'єктів тваринного світу.

Література

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

2. Про тваринний світ : Закон України від 13 грудня 2001 року № 2894-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2894-14#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

3. Про захист тварин від жорстокого поводження : Закон України від 21 лютого 2006 року № 3447-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3447-15#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження гуманного ставлення до тварин : Закон України від 22 червня 2017 року № 2120-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2120-19#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Конвенції про охорону дикої флори та фауни і природних середовищ існування в Європі : Закон України від 7 лютого 2017 року № 1832-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1832-19#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

6. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України від 22 листопада 2018 року № 2617-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#n404> (дата звернення: 15.10.2020).

8. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон Української РСР від 7 грудня 1984 року № 8073-X. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

9. Про затвердження Правил любительського і спортивного рибальства та Інструкції про порядок обчислення та внесення платежів за спеціальне використання водних живих ресурсів при здійсненні любительського і спортивного рибальства : Наказ Державного комітету рибного господарства України від 15 лютого 1999 року № 19. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0269-99#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

10. Про Червону книгу України : Закон України від 7 лютого 2002 року № 3055-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3055-14#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

11. Про затвердження Правил використання тварин у видовищних заходах : Наказ Мінагрополітики від 13 жовтня 2010 року № 643 / Міністерство аграрної політики та продовольства України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1313-10#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

12. Про затвердження Порядку утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах : Наказ Міндовкллля від 30 вересня 2010 року № 429 / Міністерство захисту довкілля та природних ресурсів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1384-10#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

13. Шеховцов В.В. Правові проблеми запровадження європейських стандартів реалізації права приватної власності на тварин. *Університетські наукові записки*. 2012. № 3. С. 274–278. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2012_3_40 (дата звернення: 15.10.2020).

14. Про затвердження Положення про Державну екологічну інспекцію України : Постанова Кабінету Міністрів України від 19 квітня 2017 р. № 275 / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/275-2017-%D0%BF#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

15. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності : Закон України від 5 квітня 2007 року № 877-V / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-16#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

16. Постанова Ленінського районного суду м. Миколаєва від 24 вересня 2013 року у справі № 3/489/2021/13. *Єдиний державний реєстр судових справ*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34002399> (дата звернення: 15.10.2020).

17. Постанова Кременського районного суду в Луганській області від 24 липня 2017 р. у справі № 414/1249/17. *Єдиний державний реєстр судових справ*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67876994> (дата звернення: 15.10.2020).

Анотація

Шпарик Н. Я. Проблеми та перспективи правового регулювання поведінки з дикими тваринами в Україні. – Стаття.

У статті розглянуто проблемні аспекти правового регулювання поведінки з дикими тваринами. Проаналізовано останні внесені зміни в законодавство України в цій сфері, а саме Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження гуманного ставлення до тварин» і Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Конвенції про охорону дикої флори та фауни і природних середовищ існування в Європі». Ці закони встановили жорсткіші види покарання за неналежне або жорстоке поводження з тваринами, проте розв'язали не всі проблемні питання в галузі. Зокрема, до статті 88-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення, яка передбачає відповідальність за порушення порядку придбання чи збуту об'єктів тваринного або рослинного світу, правил утримання диких тварин у неволі або в напіввільних умовах, зміни не вносилися, а розмір санкції починається зі штрафу в розмірі від трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У статті проаналізовано практичні випадки, коли особа утримує бурого ведмеда в приватній власності. Розглянуто основні нормативні вимоги для правовомірного утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах. Досліджено засади спеціального використання (добування, збирання) об'єктів Червоної книги України, до яких відноситься бурий ведмідь.

Окреслено правові засади для здійснення контролю Державною екологічною інспекцією України за дотриманням законодавства в процесі утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах.

Зображено основні проблеми й запропоновано шляхи для вдосконалення правового регулювання відносин щодо поведінки з дикими тваринами в Україні.

Ключові слова: тваринний світ, дикі тварини, захист тварин від жорстокого поводження, юридична відповідальність, спеціальне використання об'єктів тваринного світу.

Summary

Shparyk N. Ya. Problems and prospects of legal regulation of wild animals' treatment in Ukraine. – Article.

The article studies the problematic aspects of the legal regulation of the treatment of wild animals. The latest amendments to the legislation of Ukraine in this area are analyzed, namely, the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the Introduction of Humane Treatment of Animals” and the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Implementation of the Berne Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats”. These laws set stricter penalties for cruelty to animals or cruel treatment but did not address all issues in this area. In particular, Article 88-1 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses, which provides for liability for violation of the order of acquisition or sale of objects of fauna and flora, the rules of keeping wild animals in captivity or semi-free conditions, has not been

amended, and the sanction begins with a fine of only three non-taxable minimum incomes.

The article analyzes practical cases when a person keeps a brown bear as a private property. The main regulatory requirements for the lawful keeping and breeding of wild animals that are in captivity or in semi-free conditions are considered. The principles of special use (extraction, collection) of objects of the Red Book of Ukraine, which include the brown bear, have been studied.

The legal bases for control by the State Environmental Inspection of Ukraine over the observance of the legislation during the keeping and breeding of wild animals, which are in a state of captivity or in semi-free conditions, are outlined.

The main problems are reflected and ways of improvement of legal regulation of relations with the treatment of wild animals in Ukraine are suggested.

Key words: wildlife, wild animals, protection of animals from cruel treatment, legal liability, special use of objects of fauna.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ФІНАНСОВЕ ПРАВО, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.9 (477)
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.624>

Р. І. Лемеха
orcid.org/0000-0001-9013-8318
кандидат юридичних наук,
здобувач наукового ступеня доктора юридичних наук
Запорізького національного університету

ПРИНЦИПИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МИТНИХ РЕЖИМІВ В УКРАЇНІ

Вступ. Митна політика України спрямована на захист митних інтересів та забезпечення митної безпеки України, регулювання зовнішньої торгівлі, захист внутрішнього ринку, розвиток економіки України та її інтеграції до світової економіки. Ключову роль у процесі реалізації митної політики відіграють принципи правового регулювання митних відносин, тобто ключові, фундаментальні правові ідеї, в яких виражена сама сутність права та роль публічної адміністрації в процесі здійснення митної справи.

Особливе місце в митних відносинах посідають норми, якими врегульовано митні режими, адже останні є комплексом взаємопов'язаних правових норм, що відповідно до заявленої мети переміщення товарів через митний кордон України визначають митну процедуру щодо цих товарів, їхній правовий статус, умови оподаткування і зумовлюють їх використання після митного оформлення. Дослідження принципів правового регулювання митних режимів в Україні є основою для подальшого вдосконалення чинного національного законодавства та юридичної практики, розроблення перспективного законодавства у сфері правового регулювання митних режимів.

Питання адміністративно-правового регулювання митних відносин в Україні досліджуються в роботах фахівців у сфері адміністративного права, серед яких роботи О. Бандурки, В. Бевзенка, Н. Білак, М. Віхляєва, Н. Губерської, С. Гусарова, Р. Калюжного, Т. Коломоець, В. Колпакова, А. Комзюка, О. Кузьменко, В. Курила, Д. Лук'янця, Д. Лученка, П. Лютікова, М. Мельника, Р. Мельника, О. Миколенка, Я. Назарової, Н. Нижник, Д. Приймаченка, С. Стеценко, М. Тищенко, О. Чуприни, А. Школика та інших учених-адміністративістів. З останніх досліджень слід відзначити дисертаційну роботу М. Мельника «Інститут митних режимів у митному праві

України» [1]. Проте питання принципів правового регулювання митних режимів в Україні досліджено фрагментарно, більшою мірою в рамках більш загальних тем, що актуалізує проведення даного дослідження.

Методологія даного дослідження ґрунтується на комплексному поєднанні філософських (законів діалектики та метафізики), загальнонаукових та спеціально-юридичних методів дослідження (методології порівняльного правознавства, методу юридичного моделювання тощо), принципів об'єктивності та історизму.

Постановка завдання. Метою наукової публікації є дослідження принципів правового регулювання митних режимів в Україні як міжгалузевого інституту митного права.

Результати дослідження. Принципи права є фундаментальними засадами, ключовими правилами правового регулювання суспільних відносин, на яких мають ґрунтуватися всі інші правила поведінки, визнані або санкціоновані державою. Принципи права фактично є його визначальними ідеями, в яких розкривається сама сутність та призначення права як регулятора суспільних відносин. Так, принцип рівності всіх перед законом і судом фактично уособлює богиня Феміда з терезами та пов'язкою на очах, демонструючи тим самим, що перед нею всі рівні, незалежно від соціального статусу, статків, національності та кольору шкіри. Принцип верховенства права містить у собі три принципи – принцип верховенства прав і свобод людини, принцип верховенства норм Конституції над нормами інших нормативно-правових актів та принцип верховенства визнаних державою норм міжнародного права над нормами національного права. Фактично принцип верховенства права означає принцип верховенства природного та загальновизнаного права над писаним законом, в якому можуть бути порушені основні права

і свободи людини або інші елементи природного права. Державу, в якій панує принцип верховенства права, називають правовою державою, тобто державою, в якій публічна та політична влада обмежені нормами Конституції, нормами міжнародно-правових актів та основними правами і свободами людини, існують дієві механізми захисту порушеного права органами публічної адміністрації та судом. Саме тому похідним від принципу верховенства права є принцип належного урядування, тобто принцип, за яким органи публічної адміністрації не відступають від норм Конституції та визнаних міжнародно-правових актів, а також створюють всі умови для належної реалізації та захисту прав і свобод людини.

Принципи права найбільшою мірою пов'язані з нормами моралі. Як справедливо зауважує С.О. Сунегін, по-перше, основоположні принципи права проявляються насамперед в їх моральному змісті, який має об'єктивні основи, що повинні коригувати суб'єктивне сприйняття їх змісту. Однобічне, викривлене суб'єктивне сприйняття та розуміння ідей справедливості, рівності, свободи та гуманізму, як правило, засновується на егоїстичному прагненні задоволення лише особистих (приватних) інтересів певної особи. По-друге, позитивне право повинно враховувати та закріплювати вказані основоположні принципи, виходячи зі змісту їх об'єктивного морального виміру, що узгоджується з фундаментальними законами природного людського співіснування. По-третє, основоположні принципи права тільки тоді матимуть високий позитивний ефект під час їх реалізації у відповідній юридичній, правозастосовній діяльності та правовідносинах, коли вони будуть наповнені традиційним моральним змістом, тобто будуть узгоджуватися з вимогами та принципами панівної моралі в суспільстві. Саме моральний вимір основоположних принципів права забезпечує їх належну реалізацію, а також спрямовує використання, виконання, дотримання та застосування правових приписів на досягнення суспільного блага, а не приватних та нерідко аморальних інтересів окремої особи чи осіб, які, на нашу думку, лежать в основі їхнього викривленого суб'єктивного сприйняття та розуміння [2, с. 278].

Із вищезазначеною думкою С.О. Сунегіна варто погодитись, адже, наприклад, у сфері правового регулювання митних відносин стан дотримання принципів права суб'єктами митних відносин значною мірою зумовлений доброчесністю та іншими морально-діловими якостями посадових осіб Державної митної служби України та суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

О. Уварова зазначає, що принципи права – один із найважливіших елементів будь-якої правової системи. Від того, наскільки вони відображені

в правових нормах і в правозастосовній діяльності, багато в чому залежить ефективність правового регулювання. На її думку, принципи права можна визначити як систему вимог до належної і можливої поведінки людей, які відображають визнані в суспільстві цінності й утворюють спрямовану на регулювання суспільних відносин ієрархічну єдність. Кожна з вимог, що становить зміст певного принципу права, також може набувати характер принципу, але нижчого рівня. Таким чином, уся система принципів права представляє собою певне розгортання принципу справедливості через виведення з його змісту системи вимог, яким має відповідати практика суспільних відносин, і вимог, що висувуються до самого механізму правового регулювання. При цьому важливу роль у розкритті змісту принципів права через конкретизацію їх змісту через систему вимог відіграють судові органи [3, с. 5, 55–56].

У цілому погоджуючись із позицією О. Уварової, слід відзначити, що в розкритті змісту принципів права через конкретизацію їх змісту через систему вимог відіграють не всі судові органи, а лише касаційні суди у складі Верховного Суду (який є судом права, а не факту), а також Конституційний Суд України як єдиний орган конституційної юрисдикції, уповноважений тлумачити Конституцію України та розкривати зміст закріплених у ній принципів права. У постановках касаційних судів та Великої Палати Верховного Суду формулюються правові позиції (висновки), які фактично є судовими прецедентами, тобто принципами вирішення конкретної юридичної справи, які застосовуються під час розгляду та вирішення всіх аналогічних справ у майбутньому.

Враховуючи прецедентний характер постановок Верховного Суду, можна говорити про повноцінну судову правотворчість в Україні, результати якої мають все більше значення для правильного розуміння та застосування норм матеріального та процесуального права органами публічної адміністрації та судами нижчих інстанцій. Так, наприклад, Касаційний адміністративний суд у складі Верховного суду розмежував поняття «митний контроль» та «митне оформлення» (Постанова Верховного Суду від 18 січня 2018 року у справі № 807/3168/14) [4].

Як слушно зазначає С. Дуженко, в адміністративному праві принципи відіграють надзвичайно важливу роль, оскільки узагальнюють базові тенденції, розкривають генезис правових норм, у тому числі й у сфері митних правил. Правова матерія, абстрагована до рівня принципів права, відображає ідеали, закріплені Конституцією України, іншими законодавчими актами, з урахуванням специфіки митних правовідносин, що регулюються адміністративно-правовими нормами та нормами митного права [5, с. 1].

Принципи права повинні бути основою для формування та реалізації політики держави у всіх сферах суспільних відносин. Так, у відповідності до ст. 5 Митного кодексу України, державна митна політика – це система принципів та напрямів діяльності держави у сфері захисту митних інтересів та забезпечення митної безпеки України, регулювання зовнішньої торгівлі, захисту внутрішнього ринку, розвитку економіки України та її інтеграції до світової економіки. Причому, як зазначено у ст. 6 Митного кодексу України, митні інтереси України – це національні інтереси України, забезпечення та реалізація яких досягається шляхом здійснення митної справи.

Ключову роль у процесі здійснення митної справи відіграють митні режими, якими безпосередньо визначається порядок переміщення товарів через митний кордон України.

Інститут митного режиму, на думку І.В. Міщенко, є одним із ключових у митному праві України, оскільки кожен суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності, переміщуючи товар через митний кордон, зіштовхується з необхідністю декларувати свій товар, вибираючи при цьому найбільш сприятливий йому режим у залежності від мети такого переміщення. Правильний вибір митного режиму – запорука ефективного здійснення зовнішньоекономічної операції [6, с. 75].

Як зазначає М.В. Мельник, інститут митних режимів являє собою комплексний міжгалузевий інститут права в системі митного права як комплексної галузі права, який містить сукупність відособлених правових норм адміністративного, фінансового, цивільного, господарського, міжнародного та інших галузей права, які регулюють групу взаємозалежних суспільних відносин, що виникають під час здійснення митних процедур відповідно до заявленої мети переміщення товарів через митний кордон України, визначення їх правового статусу, умов оподаткування і використання після митного оформлення [1, с. 18–19].

У ст. 8 Митного кодексу України визначені принципи здійснення митної справи, органічною частиною якої є відповідний митний режим. Зазначається, зокрема, що митна справа здійснюється на основі принципів: виключної юрисдикції України на її митній території; виключних повноважень митних органів України щодо здійснення митної справи; законності та презумпції невинуватості; єдиного порядку переміщення товарів, транспортних засобів через митний кордон України; спрощення законної торгівлі; визнання рівності та правомірності інтересів усіх суб'єктів господарювання незалежно від форми власності; додержання прав та охоронюваних законом інтересів осіб; заохочення добросовісності; гласності та прозорості; відповідальності всіх учасників відносин, що регулюються цим Кодексом [7].

Крім того, принцип верховенства норм міжнародного права над нормами національного права в процесі здійснення митної справи закріплений у ч. 2 ст. 7 Митного кодексу України, згідно з якою митна справа здійснюється з додержанням прийнятих у міжнародній практиці форм декларування товарів, методів визначення митної вартості товарів, систем класифікації та кодування товарів і системи митної статистики, інших загальновизнаних у світі норм і стандартів. Таким чином, хоча принцип верховенства права прямо не зазначений у ст. 8 Митного кодексу України, він імпліцитно виражений у ч. 2 ст. 7 МК України.

Визначений у Митному кодексі України принцип виключної юрисдикції України на її митній території є похідним від принципів державного суверенітету – повноти й верховенства державної влади у внутрішніх відносинах та її самостійності й незалежності в зовнішніх відносинах.

Принцип виключних повноважень митних органів України щодо здійснення митної справи є важливим для правильного визначення юрисдикції органів публічної адміністрації у сфері здійснення митної справи та є фактично конкретизацією спеціально-дозвільного правового принципу, згідно з яким суб'єктам владних повноважень дозволено лише те, що чітко визначено в законі.

Ключовим у діяльності Державної митної служби України є принцип законності, який деталізовано в ч. 3 ст. 7 Митного кодексу України. У відповідності до останньої «засади митної справи, зокрема правовий статус митних органів, митна територія та митний кордон України, процедури митного контролю та митного оформлення товарів, що переміщуються через митний кордон України, митні режими та умови їх застосування, заборони та/або обмеження щодо ввезення в Україну, вивезення з України та переміщення через територію України транзитом окремих видів товарів, умови та порядок справляння митних платежів, митні пільги, визначаються цим Кодексом та іншими законами України» [7].

Таким чином, принцип законності означає, що перераховані вище засади митної справи повинні визначатися виключно законами, тобто актами вищої юридичної сили, які прийняті Верховною Радою України. Підзаконні нормативно-правові акти (постанови Кабінету Міністрів України, Укази Президента України, накази Державної митної служби України) не можуть регулювати означені питання.

Важливим є закріплення в Митному кодексі України принципу презумпції невинуватості, який прямо визначений у Конституції України. Так, згідно зі ст. 62 Конституції України особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і вста-

новлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь [8].

У сфері здійснення митної справи принцип презумпції невинуватості означає, що особа не може вважатися винуватою у вчиненні, наприклад, контрабанди до винесення обвинувального вироку суду, в якому буде встановлено її вини на підставі обґрунтованих та законним чином одержаних доказів (винуватість особи доведена в законному порядку та поза розумним сумнівом).

С. Дуженко зазначає, що принцип презумпції невинуватості тісно пов'язаний із правом на захист і полягає в тому, що особа вважається такою, що не вчиняла порушення митних правил, а її дії вважаються правомірними, доки її вина або неправомірність дій не буде доведена у встановленому законом порядку, а також підтверджена рішенням уповноваженого органу державної влади, яке набере чинності [5, с. 9].

Принцип єдиного порядку переміщення товарів, транспортних засобів через митний кордон України є похідним від принципу правової визначеності, який вимагає від органів публічної адміністрації встановлювати прогнозовані та стабільні правила поведінки для суб'єктів правовідносин. Особливе значення принцип правової визначеності у формі єдиного порядку переміщення товарів, транспортних засобів через митний кордон України має для іноземних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності (нерезидентів), які не знайомі з усіма тонкощами національного законодавства та повинні мати чітке та однозначне уявлення про правила митного оформлення та переміщення товарів через митний кордон України, засновані на загально визначених стандартах та принципах міжнародної торгівлі.

В умовах жорсткої конкуренції у сфері міжнародної торгівлі та з урахуванням необхідності розвитку національного виробництва та експорту товарів усе більшого значення набуває принцип спрощення законної торгівлі. Автоматизація процесів митного оформлення та контролю, повний перехід на електронний документообіг у процесі здійснення митної справи мають за мету спрощення законної торгівлі та заохочення суб'єктів міжнародної торгівлі до збільшення обсягів імпорту, експорту та транзиту через територію України.

Принцип визнання рівності та правомірності інтересів усіх суб'єктів господарювання незалежно від форми власності є похідним від фундаментального принципу рівності всіх перед законом. Суб'єкти владних повноважень не повинні надавати перевагу інтересам підприємств державної форми власності в процесі здійснення митної

справи або послаблювати контроль за їхніми зовнішньоекономічними операціями.

З метою забезпечення принципу верховенства права в діяльності Державної митної служби України важливе значення має неухильне додержання прав та охоронюваних законом інтересів осіб, адже в цивілізованій європейській державі органи публічної адміністрації виконують насамперед сервісні функції, надають адміністративні послуги та виступають гарантом належної реалізації та захисту прав і свобод людини. З метою належної реалізації даного принципу на практиці необхідно створити належні умови для здійснення ефективного громадського контролю діяльності посадових осіб Державної митної служби України; забезпечити стабільне функціонування телефону довіри та системи повідомлення електронною поштою (і засобами інформування соціальних мереж) про факти порушень прав та охоронюваних законом інтересів осіб із боку митних органів; організувати цілодобову відеофіксацію всього процесу здійснення митної справи, включаючи конкретні дії посадових осіб Державної митної служби України з використанням динамічних та нагрудних камер відеоспостереження з обов'язковим зберіганням відеофайлів на захищених серверах.

Реалізація принципу заохочення добросовісності в діяльності Державної митної служби України повинна включати механізм преміювання посадових осіб, які належним чином виконують службові обов'язки, а також механізм виплати винагороди за виявлену контрабанду або задокументовані факти порушення митних правил. Розмір такої винагороди доцільно визначити в процентному відношенні від вартості товарів, які незаконно або з порушенням вимог закону переміщуються через митний кордон України.

І. Сурай визначає даний принцип як забезпечення добросовісності (моральної характеристики) осіб, уповноважених на виконання функцій держави, що, зокрема, включає патріотизм, порядність, відповідальність, гідність і повагу до гідності інших і є основою для недопущення таких негативних явищ, як протекціонізм, непотизм, конфлікт інтересів, корупція тощо [9, с. 47].

Принцип гласності та прозорості в процесі здійснення митної справи повинен реалізовуватися не тільки за допомогою належного громадського контролю та цілодобового відеоспостереження на митних постах, але й через систематичне інформування громадськості про результати митного контролю, публікації в засобах масової інформації та соціальних мережах інформації про факти перевищення влади або зловживання службовими повноваженнями посадовими особами Державної митної служби України, забезпечення вільного доступу громадських інспекторів на територію митних постів тощо.

Не менш важливе значення для ефективного здійснення митної справи має реалізація принципу відповідальності всіх учасників відносин, що регулюються Митним кодексом України. За вчинення корупційних правопорушень посадовими особами Державної митної служби України повинна наступати невідворотна юридична відповідальність (у випадку вчинення злочину винувата особа повинна отримувати реальний строк покарання, без можливості застосування інституту звільнення від відбування покарання з випробуванням).

Перелік визначених у Митному кодексі України принципів здійснення митної справи доцільно доповнити принципами сприяння розвитку міжнародної торгівлі; захисту національних інтересів та безпеки у сфері зовнішньоекономічної діяльності; диспозитивності вибору митного режиму суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, доступності адміністративних послуг, які надаються органами публічної адміністрації (реалізація принципу «єдиного вікна» в роботі органів та посадових осіб Державної митної служби України).

У діяльності органів та посадових осіб Державної митної служби України вирішальне значення має дотримання спеціально-дозвільного режиму правового регулювання, у відповідності до якого суб'єктам владних повноважень дозволено лише те, що прямо вказано в законі. Порушення зазначеного режиму повинно кваліфікуватись як перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень, якщо вони завдали істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб) у відповідності до чинного Кримінального кодексу України (ст. 365 КК України).

Не менш важливим є дотримання посадовими особами органів публічної адміністрації у сфері митних відносин принципу дотримання інтересів державної служби та запобігання випадкам зловживання владою або службовим становищем (умисного, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдає істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб), відповідальність за що передбачена ст. 364 КК України.

Серед загальноправових принципів функціонування митних режимів в Україні ключову роль має принцип правової визначеності, який є похідним від принципу належного урядування, адже

стабільність та прогнозованість правової основи митних режимів є результатом ефективної правотворчої та правозастосовної діяльності органів публічної адміністрації, починаючи з Верховної Ради України та закінчуючи окремими посадовими особами Державної митної служби України.

Не менше значення для вдосконалення правового регулювання митних режимів в Україні має правильне розуміння та дотримання принципу верховенства права, який включає в себе три обов'язкові та взаємопов'язані складники: принцип верховенства прав і свобод людини, принцип верховенства норм міжнародного права над національним та принцип верховенства норм Конституції України над нормами інших законів та підзаконних нормативно-правових актів.

В умовах продовження євроінтеграційних процесів особливу роль відіграє принцип сприяння розвитку міжнародної торгівлі, реалізація якого передбачає спрощення та оптимізацію митних процедур з метою заохочення суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності до збільшення транзиту, імпорту та експорту товарів через митний кордон України, що, відповідно, призведе до збільшення надходжень до Державного бюджету України, зростання валового внутрішнього продукту тощо.

Не менш важливе значення для вдосконалення правового регулювання митних режимів в Україні має правильне розуміння та дотримання принципу захисту національних інтересів та безпеки у сфері зовнішньоекономічної діяльності, адже критерієм ефективного правового регулювання митних режимів є зростання національної економіки, позитивний зовнішньоекономічний баланс, захист інтересів національного виробника та створення нових робочих місць на митній території України.

Для ефективного функціонування митних режимів важливою є реалізація принципу доступності адміністративних послуг, які надаються органами публічної адміністрації, що передбачає реалізацію принципу «єдиного вікна» в роботі органів та посадових осіб Державної митної служби України, завершення процесу інформатизації (діджиталізації) та автоматизації митних процедур (концепція «митниці у смартфоні»), коли роль суб'єктів владних повноважень у прийнятті рішень є мінімальною і публічна адміністрація здійснює тільки незалежний зовнішній контроль ефективного функціонування автоматизованих та оцифрованих технологічних процесів у рамках митних процедур.

Дотримання принципу диспозитивності вибору митного режиму суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності є неодмінною умовою функціонування митних режимів у демократичній країні та критерієм ефективності діяльності органів публічної адміністрації у сфері запобігання корупції та випадкам зловживання владою.

Висновки. Проведене дослідження принципів правового регулювання митних режимів в Україні дозволяє сформулювати висновок про те, що інститут митних режимів є комплексним міжгалузевим правовим інститутом, ключову роль в якому відіграють норми адміністративного права та імперативний метод правового регулювання.

Роль міжнародних норм та принципів у регулюванні митних режимів є визначальною, враховуючи фундаментальний принцип примату міжнародного права над національним, що є складовою частиною принципу верховенства права.

Зважаючи на мету національної держави набути повноправного членства в Європейському Союзі, наближення національних митних правил та процедур до стандартів і принципів ЄС є ключовим завданням публічної адміністрації в Україні.

Принципами правового регулювання митних режимів є комплексне поєднання загальноправових принципів верховенства права, законності, правової визначеності, рівності всіх перед законом, гласності, а також спеціальних принципів: виключної юрисдикції України на її митній території; виключних повноважень митних органів України щодо здійснення митної справи; законності та презумпції невинуватості; єдиного порядку переміщення товарів, транспортних засобів через митний кордон України; спрощення законної торгівлі; визнання рівності та правомірності інтересів усіх суб'єктів господарювання незалежно від форми власності; додержання прав та охоронюваних законом інтересів осіб; заохочення доброчесності; гласності та прозорості; відповідальності всіх учасників відносин, що регулюються цим Кодексом.

Законодавчо визначений перелік принципів правового регулювання митних режимів доцільно доповнити принципами сприяння розвитку міжнародної торгівлі; захисту національних інтересів та безпеки у сфері зовнішньоекономічної діяльності; диспозитивності вибору митного режиму суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, доступності адміністративних послуг, які надаються органами публічної адміністрації (реалізація принципу «єдиного вікна» в роботі органів та посадових осіб Державної митної служби України).

Дослідження принципів правового регулювання митних режимів в Україні є основою для подальшого вдосконалення чинного національного законодавства та юридичної практики, розроблення перспективного законодавства у сфері правового регулювання митних режимів.

Література

1. Мельник М.В. Інститут митних режимів у митному праві України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 – «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право»; Міжрегіональна академія управління персоналом. Київ, 2016. 251 с.

2. Сунегін С.О. Основоположні принципи права: загальна характеристика та деякі аспекти реалізації. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 275–279.

3. Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика: монографія. Харків: «Друкарня МАДРИД», 2012. 196 с.

4. Верховний суд розмежував поняття «митний контроль» та «митне оформлення». *Офіційний портал «Судова влада України»*. URL: <https://court.gov.ua/press/news/512072>.

5. Дуженко С.А. Принципи провадження у справах про порушення митних правил крізь призму їх реалізації. *Теорія і практика правознавства*. 2014. Вип. 1 (5). С. 1–12.

6. Міщенко І.В. Новели інституту митного режиму в контексті реформування митного законодавства. *Адміністративне право і процес*. 2012. № 2. С. 73–77.

7. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. Дата оновлення: 19.06.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text>.

8. Конституція України від 28.06.1996 р. Дата оновлення: 01.01.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.

9. Сурай І.Г. Доброчесність – сутнісна ознака еліти державного управління. *Супільство. Держава. Управління. Право*. 2011. № 2. С. 43–52.

Анотація

Лемеха Р. І. Принципи правового регулювання митних режимів в Україні. – Стаття.

У науковій публікації досліджуються принципи правового регулювання митних режимів в Україні як міжгалузевого інституту митного права.

Зазначається, що митний режим є комплексом взаємопов'язаних правових норм, що відповідно до заявленої мети переміщення товарів через митний кордон України визначають митну процедуру щодо цих товарів, їхній правовий статус, умови оподаткування і зумовлюють їх використання після митного оформлення.

Формулюється висновок про те, що роль принципів права в регулюванні митних режимів є визначальною, враховуючи євроінтеграційні прагнення України та зумовлену ними необхідність дотримання принципів верховенства права, правової визначеності та належного урядування органами публічної адміністрації.

До принципів правового регулювання митних режимів слід віднести загально-правові (верховенства права, законності, правової визначеності, рівності всіх перед законом, гласності тощо), а також спеціальні принципи, серед яких: принцип сприяння розвитку міжнародної торгівлі; принцип захисту національних інтересів та безпеки у сфері зовнішньоекономічної діяльності; принцип диспозитивності вибору митного режиму суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, принцип доступності адміністративних послуг, які надаються органами публічної адміністрації (реалізація принципу «єдиного вікна» в роботі органів та посадових осіб Державної митної служби України) тощо.

Зазначається, що зважаючи на мету національної держави набути повноправного членства в Європейському Союзі, наближення національних митних правил та процедур до стандартів та принципів ЄС є ключовим завданням публічної адміністрації в Україні.

Формулюється висновок про те, що дослідження принципів правового регулювання митних режимів в Україні є основою для подальшого вдосконалення чинного національного законодавства та юридичної

практики, розроблення перспективного законодавства у сфері правового регулювання митних режимів.

Ключові слова: засади, митні режими, принципи, митний кордон, митна справа, верховенство права, правова визначеність, належне урядування, гласність, митні процедури, митні відносини, адміністративне право, публічна адміністрація.

Summary

Lemekha R. I. Principles of legal regulation of customs regimes in Ukraine. – Article.

The scientific publication is devoted to the principles of legal regulation of customs regimes in Ukraine as an intersectoral institution of customs law. It is noted that the customs regime is a set of interrelated legal norms that, in accordance with the stated purpose of moving goods across the customs border of Ukraine, determine the customs procedure for these goods, their legal status, tax conditions and determine their use after customs clearance.

The methodology of this scientific publication is based on a complex combination of philosophical (laws of dialectics and metaphysics), general scientific and special legal research methods (methodology of comparative law, method of legal modeling, etc.), principles of objectivity and historicism.

It is concluded that the role of the principles of law in the regulation of customs regimes is crucial, given the

European integration aspirations of Ukraine and the need to comply with the principles of the rule of law, legal certainty and good governance of public administration.

The principles of legal regulation of customs regimes include common principles (rule of law, legality, legal certainty, equality before the law, publicity, etc.), as well as special principles, including: the principle of promoting international trade; the principle of protection of national interests and security in the field of foreign economic activity; the principle of dispositive choice of the customs regime, the principle of availability of administrative services provided by public administration bodies (implementation of the «single window» principle in the work of bodies and officials of the State Customs Service of Ukraine), etc.

It is noted that given the goal of the nation state to gain full membership in the European Union, the approximation of national customs rules and procedures to EU standards and principles is a key task of public administration in Ukraine.

It is concluded that the study of the principles of legal regulation of customs regimes in Ukraine is the basis for further improvement of existing national legislation and legal practice, the development of promising legislation in the field of legal regulation of customs regimes.

Key words: principles, customs regimes, customs border, customs, rule of law, legal certainty, good governance, publicity, customs procedures, customs relations, administrative law, public administration.

УДК 342.9
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.626>

Ю. О. Оврамець
orcid.org/0000-0002-3695-4848
аспірант кафедри міжнародного та порівняльного правознавства
Національного університету біоресурсів і природокористування України

ЗМІСТ ТА ЕТАПИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ АВТОРИЗАЦІЇ ЕЛЕКТРОННИХ МАЙДАНЧИКІВ

Актуальність теми. Запроваджена з прийняттям Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. № 922-VII (далі – Закон України «Про публічні закупівлі») система публічних закупівель визначає низку відповідних адміністративних процедур. Однак у науковій літературі наразі відсутні комплексні дослідження щодо адміністративної природи процедур публічних закупівель. Що стосується питання адміністративних процедур авторизації електронних майданчиків, то воно взагалі не було предметом самостійних наукових праць в Україні.

Тему авторизації електронних майданчиків у науковій літературі частково зустрічаємо в працях Н.П. Селіванової [33] та Н.В. Кулак [10]. Нині в юридичній літературі точаться гострі дискусії з приводу того, чи слід розглядати публічні закупівлі як інститути адміністративного права.

З огляду на це особливої актуальності набуває питання виявлення та розуміння структури адміністративної процедури авторизації електронних майданчиків, що дозволить створити передумови для контролю за перебігом адміністративних проваджень, розпочатих із метою реалізації цієї процедури в конкретних правовідносинах між державою та оператором авторизованого майданчика. Малодослідженість окресленої теми робить її актуальною не тільки на доктринальному, але й на правозастосовному рівні.

Викладення основного матеріалу. Повний перехід від «паперових» торгів на електронний формат державних закупівель відбувся із затвердженням Закону України «Про публічні закупівлі». Наразі електронна система закупівель має дворівневу будову, де є вебпортал Уповноваженого органу з питань закупівель та авторизовані електронні майданчики вебпорталу [3, с. 6]. Ідея дворівневої структури має на меті створення дієвого буфера між державою, з однієї сторони, й користувачами системи (замовниками й учасниками тендерів), – з іншої.

Слід звернути увагу, що держава залишила за собою право забезпечувати авторизацію електронних майданчиків, що є важелем впливу на їх операторів (власників). Поняття «авторизація» походить від англійського слова “authorization”, яке перекладається як «дозвіл». Авторизація здебільшого є терміном, що використовується в кібер-

нетиці, а по змісту є процедурою надання користувачу системи обробки даних (особі, програмі) визначених повноважень у системі, тобто права виконання в ній деяких дій. Також поняття «авторизація» означає керування рівнями й засобами доступу до різних об'єктів і ресурсів системи залежно від ідентифікатора й пароля користувача [35].

Таким чином, авторизація є, по суті, наданням повноважень в інформаційно-телекомунікаційній системі. Для цілей дослідження в розумінні пункту 7 частини 1 статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» такою інформаційно-телекомунікаційною системою є електронна система закупівель «Прозорро». Варто відзначити, що авторизацію в електронній системі закупівель «Прозорро» проходять інші інформаційно-телекомунікаційні системи, що певною мірою не стикуються з класичним визначенням поняття авторизації, зазначеним вище. Авторизації підлягає користувач, тобто суб'єкт, а не його інструмент – інформаційно-телекомунікаційна система, якою він володіє.

Водночас законодавець свідомо використовує прив'язку терміну «авторизація» до поняття «електронний майданчик» та іде на використання такої юридичної конструкції, хоча фактично доступ до інформаційно-телекомунікаційної системи – електронної системи закупівель «Прозорро» – надається суб'єкту – оператору електронного майданчика – засобами його електронного майданчика. Використання цієї конструкції більшою мірою зумовлене тим, що ґрунтовніші вимоги висуваються до електронного майданчика, й від його працездатності залежить задоволення потреб і його оператора, й адміністратора системи «Прозорро», й кінцевих користувачів – учасників, замовників і спостерігачів публічних закупівель. Окрім цього, необхідно вказати, що саме поняття «користувач» у кібернетиці здебільшого означає певний інформаційний профіль, тобто «маску», за допомогою якої реальний суб'єкт діє в інформаційному просторі інформаційно-телекомунікаційної системи.

Таким чином, авторизація електронного майданчика як певного користувача зі значно розширеним набором функцій не видається невірною з боку законодавчої техніки й формально-юридичної доцільності вживання такої термінології. У будь-якому випадку як суб'єкт – оператор елек-

тронного майданчика, так і його власність – електронний майданчик – не можуть отримати доступ до електронної системи закупівель «Прозорро» без проходження процедури авторизації електронного майданчика. Додатковою ілюстрацією тісного зв'язку між наявністю авторизації електронного майданчика й діяльністю його оператора може послужити судова справа № 826/12827/18, із рішень в якій вбачається, що авторизований електронний майданчик був позбавлений авторизації у зв'язку з неналежним виконанням оператором цього майданчика його грошових договірних зобов'язань перед адміністратором електронної системи закупівель. Водночас подальші заходи з оскарження наказу Уповноваженого органу управління про позбавлення акредитації не дали позитивного результату [32; 14].

Авторизації електронних майданчиків проводиться Уповноваженим органом управління, таким чином, відносини з авторизації набувають ознак адміністративно-правових, оскільки основним і постійним учасником таких відносин є адміністративний орган. Уповноваженим органом є центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері публічних закупівель. Вказаним органом, відповідно до пункту 1 Положення про Міністерство розвитку економіки, торгівлі й сільського господарства України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 11 вересня 2019 р. № 838) є Міністерство розвитку економіки, торгівлі й сільського господарства України [13]. Так, підпунктом 107 пункту 4 зазначеного Положення передбачено, що Мінекономіки, відповідно до покладених на нього завдань, проводить авторизацію електронних майданчиків.

З боку етимології слово «процедура» походить від французького іменника «*procedure*» – «процедура, процес», який своєю чергою – від дієслова «*proceder*» – «вчиняти, діяти, походити», яке вийшло з латинського «*procedere*» – «виходити із, просуватись», де «*pro*» означає «вперед, для, за, замість», а «*cedere*» – «йти, ступати». Останнє походить з індоевропейського дієслівного кореня «*sed*» – «переміщатись, йти» [6, с. 613–614]. З боку лексикології «процедура» – це «всяка тривала, послідовна справа, порядок, обряд» [4, с. 526], «встановлена, прийнята послідовність дій для здійснення або оформлення якої-небудь справи» [5, с. 543], «офіційний порядок дій, виконання, обговорення чого-небудь» [12, с. 577], «офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь; ряд яких-небудь дій, хід виконання чого-небудь» [34, с. 343].

Наразі в законодавстві України не встановлено дефініції поняття «адміністративна процедура»,

тому що не врегульовані загальні засади здійснення адміністративних процедур. Однак об'єктивна необхідність у проведенні реформи адміністративних процедур існує вже понад 20 років [11, с. 10]. З огляду на це першим заступником Голови Верховної Ради України Р.О. Стефанчуком 25 лютого 2020 р. анонсовано розгляд Верховною Радою України проекту Кодексу України про адміністративні процедури. Наразі до Верховної Ради України за вказівкою Кабінету Міністрів України подано черговий проект закону «Про адміністративні процедури» від 14 травня 2020 р. № 3475 [29]. Вочевидь, в основу вказаного проекту покладено проект закону «Про адміністративні процедури», внесений Кабінетом Міністрів України на розгляд Верховної Ради України 28 грудня 2018 р. (№ 9456) [30], який було відкликано 29 серпня 2019 р. і надалі передано на опрацювання в Міністерство юстиції України й Міністерство цифрової трансформації України. Законопроекти аналогічного змісту вже вносились на розгляд парламенту: № 8413 від 29 грудня 2001 р. [25]; № 5462 від 29 квітня 2004 р. (відкликаний 08 лютого 2005 р.) [26], № 2789 від 18 липня 2008 р. (відкликаний 08 лютого 2010 р.) [27], № 11472 від 03 грудня 2012 р. (відкликаний 12 грудня 2012 р.) [28].

Вказаний законопроект має на меті врегулювати процедури, які застосовуватимуться у відносинах органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів, які згідно із законом уповноважені здійснювати владні управлінські функції, з фізичними, юридичними й іншими особами щодо забезпечення реалізації та захисту прав і законних інтересів осіб і виконання ними визначених законом обов'язків, а також повинен регламентувати процедури розгляду адміністративних скарг. Необхідно відзначити, що відповідно до частини 2 статті 1 вказаного законопроекту оскарження процедур публічних закупівель не входить до сфери його регулювання. Однак це не означає, що оскарження процедур публічних закупівель не належить до адміністративних процедур у цілому.

Проект закону «Про адміністративні процедури» містить поняття адміністративної процедури як визначеного порядку здійснення адміністративного провадження. Зі змісту зазначеного вбачається, що поняття адміністративної процедури розглядається через поняття адміністративного провадження. Там же надано визначення поняття адміністративного провадження як сукупності процедурних дій, послідовно вчинених адміністративним органом, і прийнятих процедурних рішень із розгляду й розв'язання адміністративної справи, що завершується прийняттям і, в необхідних випадках, виконанням прийнятого адміністративного акту.

На думку спеціалістів Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України О.П. Мірошніченка й І.Й. Снігур, одночасне використання вказаних понять у законопроекті призводить до суперечностей з огляду на їх незрозуміле співвідношення. Учені справедливо зазначають про необхідність отримання відповіді на питання: це адміністративна процедура складається з адміністративних проваджень чи навпаки, адміністративне провадження складається з таких процедур (процедурних дій). На їхню думку, поняття адміністративної процедури як порядку здійснення адміністративного провадження в поєднанні з визначенням адміністративного провадження як сукупності процедурних дій приводить до логічного висновку, що «адміністративна процедура» – це порядок здійснення адміністративних процедур, що некоректно з боку законодавчої техніки [30, с. 7].

На нашу думку, такий висновок дещо передчасний, оскільки «адміністративна процедура» – це «порядок», а «адміністративне провадження» – це «сукупність процедурних дій», тобто поняття адміністративної процедури стосується нормативного регулювання діяльності, а поняття адміністративного провадження стосується безпосередньо діяльності, яка потребує такого нормативного регулювання. З вказаного не вбачається тотожність понять: адміністративна процедура визначає порядок здійснення адміністративних проваджень, тобто діяльність уповноважених суб'єктів.

Адміністративне провадження повинне бути здійснене в певному порядку, тобто за певною процедурою, в протилежному випадку таке провадження не можна вважати законним. Стосовно адміністративної процедури не можна, як уже зазначалось вище, застосовувати поняття «незаконна», оскільки адміністративна процедура визначає порядок, тобто вона і є законом (за умови дотримання принципу ієрархічності нормативно-правових актів, тобто якщо актами нижчої юридичної сили не порушено норм законодавчих актів вищої юридичної сили). Водночас адміністративна процедура може бути протиправною з огляду на те, що вона може бути побудованою без дотримання принципу верховенства права й порушувати основоположні права людини. Адміністративне провадження може бути як незаконним, тобто здійснюватися не в порядку, встановленому адміністративною процедурою, так і протиправним, якщо здійснюється відповідно до протиправної адміністративної процедури. Однак, якщо адміністративне провадження здійснюється відповідно до вимог адміністративної процедури, що відповідає принципу верховенства права, то таке провадження є і законним, і правовим.

У науковій літературі висловлено декілька думок стосовно співвідношення понять «адміністративна процедура» й «адміністративне провадження». Так, В.К. Шкарупа розглядає вказані поняття як тотожні [36, с. 14]. На думку О.М. Бандурки, вказані поняття співвідносяться як загальне й особливе [1, с. 111]. У розумінні В.П. Тимощука адміністративна процедура виступає як модель адміністративного провадження, натомість адміністративне провадження є власне розгляд і розв'язання конкретної адміністративної справи (тобто конкретна активна діяльність). Ми вважаємо, що останнє зазначене співвідношення найвірніше й таке, що відповідає як духу, так і букві закону. Під адміністративною процедурою повинен розумітись загальний порядок розгляду й розв'язання адміністративних справ адміністративним органом (модель провадження), а під провадженням – уже власне розгляд і розв'язання окремої справи, тобто конкретна діяльність органу.

Таким чином, з огляду на положення статті 2 проекту закону «Про адміністративні процедури», адміністративна процедура – це визначений законодавством порядок здійснення сукупності процедурних дій, послідовно вчинених адміністративним органом, і прийнятих процедурних рішень із розгляду й розв'язання адміністративної справи, що завершується прийняттям і, в необхідних випадках, виконанням прийнятого акту. Вказане визначення відрізняється від визначень, сформульованих науковцями. Першочерговою видається різниця у сфері результатів поняття, де доктринальний підхід результатом адміністративної процедури визначає також адміністративний договір. Кодексом адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 р. № 2747-IV надається визначення поняття. Там вказано, що адміністративний договір є спільним правовим актом суб'єктів владних повноважень або правовим актом за участю суб'єкта владних повноважень та іншої особи, що ґрунтується на їх волеузгодженні, має форму договору, угоди, протоколу, меморандуму тощо, визначає взаємні права й обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері й укладається на підставі закону:

- а) для розмежування компетенції чи визначення порядку взаємодії між суб'єктами владних повноважень;
- б) для делегування публічно-владних управлінських функцій;
- в) для перерозподілу або об'єднання бюджетних коштів у випадках, визначених законом;
- г) замість видання індивідуального акта;
- ґ) для врегулювання питань надання адміністративних послуг [9].

Зі змісту визначення вбачається, що адміністративний договір укладається шляхом застосу-

вання адміністративної процедури, таким чином, доктринальний підхід знайшов своє втілення в чинному законодавстві. Постає питання про те, чому в законопроекті «Про адміністративні процедури» не згадуються адміністративні договори. Вважаємо, що це є прогалиною вказаного проекту закону. Питання підпорядкування адміністративних договорів адміністративній процедурі досить актуальне в контексті теми дослідження, оскільки з боку ретроспективи договори у сфері державних закупівель свого часу розглядалися деякими науковцями [31, с. 28–29] як різновид адміністративних договорів. Разом із цим зараз перелік адміністративних договорів визначено нормативно й договори у сфері публічних закупівель прямо до них не належать.

Адміністративна процедура авторизації електронних майданчиків має на меті допуск приватних інформаційно-телекомунікаційних систем до електронної системи закупівель із надання їм повноважень електронного майданчика – повноважень забезпечувати реєстрацію користувачів електронної системи закупівель, автоматичне розміщення, отримання та передання інформації та документів під час проведення закупівель, користування сервісами з автоматичним обміном інформацією. Водночас безпосередньо метою оператора електронного майданчика є отримання винагороди за використання його авторизованого електронного майданчика користувачами – замовниками й учасниками процедур закупівель.

Провівши аналіз доктринальних визначень поняття адміністративної процедури й змісту поняття в проекті закону «Про адміністративні процедури», вважаємо за необхідне виокремити ключові ознаки поняття адміністративної процедури. На нашу думку, адміністративній процедурі притаманні такі ознаки:

- 1) адміністративна процедура є визначеним законодавчо порядком дій;
- 2) вона послідовна (являє собою нормативну модель поведінки);
- 3) здійснюється особливим суб'єктом – адміністративним органом;
- 4) спрямована на розгляд і розв'язання адміністративної справи;
- 5) завершується шляхом прийняття рішення адміністративного органу;
- 6) рішення оформлюється адміністративним актом (чи адміністративним договором).

Процедурі авторизації електронних майданчиків притаманні всі характерні ознаки адміністративних процедур.

Адміністративна процедура авторизації електронних майданчиків чітко врегульована зі сторони держави. Основним нормативним актом, що детально регламентує сферу авторизації електронних майданчиків, є Порядок функціонуван-

ня електронної системи закупівель і проведення авторизації електронних майданчиків, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 166 [22].

Авторизація послідовна, тобто становить собою певну нормативну модель поведінки. Вона спрямована на розв'язання адміністративної справи, завершується прийняттям адміністративного акту. У залежності від виду авторизації зміст авторизації відрізняється. Наприклад, необхідно відрізнити процедуру авторизації електронного майданчика й процедуру попередньої авторизації електронного майданчика. Так, Міністерство розвитку економіки, торгівлі й сільського господарства України (Уповноважений орган) приймає кінцеве рішення про авторизацію електронного майданчика на підставі відповідного рішення комісії. Своєю чергою оператор авторизованого / попередньо авторизованого електронного майданчика має право оскаржити в судовому порядку рішення Уповноваженого органу щодо відключення його авторизованого / попередньо авторизованого електронного майданчика.

Разом із цим необхідно відзначити, що поняття «попередня авторизація» було запроваджене Кабінетом Міністрів України всупереч положенням Закону України «Про публічні закупівлі» шляхом внесення змін і доповнень до Постанови № 166 Постановою «Про внесення змін до Порядку функціонування електронної системи закупівель і проведення авторизації електронних майданчиків» від 01 липня 2016 р. № 396 [20]. На думку Рахункової палати, всі процедури, функціональні завдання та обов'язки, введені на підставі поняття «попередня авторизація», суперечать Закону України «Про публічні закупівлі». Це дозволило посадовим особам Мінекономрозвитку приймати незаконні управлінські рішення про попередню авторизацію електронних майданчиків і допускати їх до функціонування в складі електронної системи закупівель без створеної комплексної системи захисту інформації (далі – КСЗІ) [8].

Фактично вказана проблема була викликана доповненням пункту 17 Порядку № 166 новим абзацом такого змісту: в разі тимчасової відсутності на вебпорталі Уповноваженого органу технічної можливості проведення передбачених Законом деяких видів процедур закупівлі й / або закупівлі за рамковими угодами Уповноважений орган може прийняти рішення щодо попередньої авторизації електронних майданчиків на підставі відповідного рішення комісії. На перший погляд, висновок Рахункової палати прямо не вбачається з відповідних змін, внесених Кабінетом Міністрів України. Однак є підстави стверджувати, що він був сформований Рахунковою палатою з огляду на певну практику Мінекономрозвитку. Прямо доповнення пункту 7 означають, що якщо в електронній систе-

мі закупівель «Прозорро» тимчасово відсутні технічні можливості проведення процедур закупівель чи укладення рамкових угод, Мінекономрозвитку проводить попередню авторизацію електронних майданчиків, а не звичайну авторизацію. До моменту отримання атестату відповідності КСЗІ електронною системою закупівель «Прозорро», з огляду на положення частини 2 статті 8 Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» від 05 липня 1994 р. № 80/94-ВР [24], у ній проведення тендерів у цілому не могло здійснюватися. Зазначений крок уповноваженого органу зрозумілий і вимушений, оскільки розробка комплексної системи захисту інформації та отримання на неї атестату відповідності є тривалою за часом, а припинення проведення тендерних процедур не може бути здійснене з огляду на відсутність політичної волі керівництва держави, тому що запровадження та функціонування електронної системи закупівель було наслідком запиту українського суспільства. Однак не можна не погодитись із позицією Рахункової палати, висловленою в іншому звіті, про те, що до запровадження КСЗІ в електронній системі закупівель, інформація, що в ній міститься, повинна розцінюватись суспільством як така, що підпадає під ризик неправдивості [7]. Атестат відповідності КСЗІ електронної системи закупівель «Прозорро» Державним підприємством «Прозорро» отримано 15 лютого 2019 р.

Зазначену проблему відсутності КСЗІ в електронних майданчиках було констатовано й у подальших редакціях Порядку № 166. Органічним наслідком її розгортання та спробою розв'язання було прийняття Кабінетом Міністрів України постанови «Про внесення змін до Порядку функціонування електронної системи закупівель і проведення авторизації електронних майданчиків» від 10 липня 2019 р. № 704 [21]. Використання поняття «попередня авторизація» набуло поширення, однак було визначено умови набуття статусу авторизованого майданчика й запроваджено процедуру авторизації попередньо авторизованого майданчика. Таким чином, разом із вказаними змінами сформувалась така система процедур авторизації.

Усі майданчики, що діяли до 15 лютого 2019 р. у складі електронної системи публічних закупівель, мають статус попередньо авторизованих. Для отримання ними статусу авторизованого майданчика вони проходять процедуру авторизації попередньо авторизованого майданчика. Нові майданчики, що мають намір долучитись до системи електронних публічних закупівель у період чинності її атестату відповідності КСЗІ, проходять процедуру авторизації електронного майданчика (первинна авторизація). На період, коли в інформаційно-телекомунікаційній системі (далі – ІТС) «Прозорро» відсутній атестат відповідності КСЗІ

(наприклад, коли в старого атестату відповідності строк завершився, а новий ще не отримано), нові електронні майданчики проходять процедуру попередньої авторизації.

Останній тип процедури проводився в минулому до 15 лютого 2019 р. і, на нашу думку, більше проводитись не буде, з огляду на те, що Державне підприємство «Прозорро» не допустить ситуації відсутності чинного сертифіката відповідності КСЗІ на електронну систему публічних закупівель «Прозорро». Таким чином, найчастіше будуть проводитись процедури первинної авторизації та авторизації попередньо авторизованих майданчиків, за такої умови остання буде проводитись частіше першої, оскільки ця процедура буде застосовуватись у зв'язку з оновленням Державним підприємством «Прозорро» атестату відповідності КСЗІ, який є строковим, і необхідністю приведення КСЗІ операторів електронних майданчиків у відповідність до атестата ІТС «Прозорро». Водночас авторизовані електронні майданчики (що логічно вбачається, однак прямо не прописано у положеннях Порядку № 166) після зміни в КСЗІ ІТС «Прозорро» набувають статусу попередньо авторизованих і повинні пройти процедуру авторизації попередньо авторизованого майданчика – подати в Мінекономіки копію атестату відповідності комплексної системи захисту інформації, побудованої на їхніх електронних майданчиках (протягом 12 місяців із дня отримання Державним підприємством «Прозорро» власного атестата, як того вимагає положення абзацу 3 пункту 3 Порядку № 166).

У період з 15 лютого 2019 р. по 15 лютого 2020 р. значного поширення набула процедура авторизації попередньо авторизованого електронного майданчика, оскільки всі попередньо авторизовані електронні майданчики активно почали запроваджувати власні КСЗІ на основі КСЗІ ІТС «Прозорро». Необхідно відзначити, що не всі оператори електронних майданчиків встигли у 12-тимісячний строк побудувати КСЗІ на їхніх інформаційно-телекомунікаційних системах (наприклад, електронні майданчики «UBiz» [15], «25/8.АУКЦІОН»[16], «Акцепт»[17], «Tenders-Allbiz»[18], «OPEN TENDER»[19]), наслідком чого фактично було відключення вказаних електронних майданчиків від електронної системи закупівель «Прозорро».

Процедури авторизації електронних майданчиків є різновидом адміністративних заявних процедур, тобто розпочинаються на підставі звернення оператора електронного майданчика (звернення зацікавленої особи). Перш ніж розпочинати процедуру авторизації, оператор електронного майданчика повинен підготувати матеріально-технічну базу електронного майданчика, в тому числі, як вже зазначалось вище, побудува-

ти на електронному майданчику КСЗІ й отримати для неї атестат відповідності. Для цілей діяльності у сфері публічних закупівель комплексна система захисту інформації повинна бути погоджена не тільки в загальному порядку, а й з адміністратором електронної системи закупівель шляхом погодження технічного завдання на її створення.

Висновки. Резюмуючи вище викладене, можемо дійти висновку, що адміністративні процедури авторизації суб'єктів публічних закупівель (авторизаційні, субавторизаційні й деавторизаційні процедури) опосередковують публічно-правові відносини між Уповноваженим адміністративним органом (Міністерством розвитку економіки, торгівлі й сільського господарства України) й учасниками цих відносин (потенційними операторами електронних майданчиків, операторами авторизованих / попередньо авторизованих електронних майданчиків). Адміністративні процедури авторизації суб'єктів публічних закупівель спрямовані на надання, зміну або позбавлення статусу оператора електронної системи шляхом авторизації / попередньої авторизації електронної системи, зміну доменного імені авторизованої / попередньо авторизованої електронної системи. Указані процедури забезпечують дієвість побудованого механізму публічних закупівель.

Аналіз указаних процедур дає підстави стверджувати, що повноваження прийняття державно-владного рішення та повноваження визначення підстав для прийняття цього рішення у вказаних адміністративних процедурах розподілені між різними, хоч і інституційно-підпорядкованими суб'єктами. Так, державне підприємство «Прозорро» проводить тестування систем електронних майданчиків, виявляє їхню відповідність технічним вимогам, однак не уповноважене розглядати юридичні питання та приймати відповідні владно-управлінські рішення. Комісія при Мінекономіки здійснює розгляд адміністративних справ на підставі поданих документів і висновків адміністратора, однак прийняті нею рішення мають рекомендаційний характер. Остаточне рішення приймає Мінекономіки, однак воно не розглядає справу по суті. Такий розподіл повноважень є проявом принципу розподілу влади й позитивно впливає на вказану процедуру, зменшуючи корупційні ризики. Наявна законодавча вимога на кожному з етапів забезпечувати оприлюднення актів, якими етапи розпочинаються чи завершуються, сприяє прозорості процедури й покращує умови для контролю за законністю вказаної процедури.

Література

1. Бандурка О.М., Тищенко М.М. Адміністративний процес : підручник для вищих навчальних закладів. Київ : Літера ЛТД, 2002. 288 с.
2. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект

Закону України «Про адміністративну процедуру» (реєстр. № 9456 від 28 грудня 2018 р.) від 01 березня 2019 р. База даних «Законодавство України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=6530.

3. Вплив PROZORRO. Березень 2017 / Створено в рамках проекту «Прозорість та підзвітність у державному управлінні та послугах» за фінансування USAID та UKAID. 12 с.

4. Даль В.М. Толковый словарь живого великорусского языка : В 4 т. Москва : Русский язык, 1980. Т. 3. 555 с.

5. Евгеньева А.П. Словарь русского языка : В 4 т. 2-е изд., испр. и допол. Москва : Русский язык, 1984. 750 с.

6. Етимологічний словник української мови : У 7 т. Т. 4 : Н – П / уклад. : Р.В. Болдирев та ін. ; ред. тому: В.Т. Коломієць, В.Г. Скляренко. Київ : Наук. думка, 2003. 656 с.

7. Звіт про результати аналізу щорічного звіту Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, що містить аналіз функціонування системи публічних закупівель та узагальнену інформацію про результати здійснення контролю у сфері закупівель, затверджений рішенням Рахункової палати від 28 травня 2019 р. № 12-2. URL: https://rp.gov.ua/upload-files/Activity/Collegium/2019/12-2_2019/Zvit_12-2_2019.pdf.

8. Звіт про результати аудиту ефективності використання та розпорядження майном державного підприємства «ПРОЗОРРО», що має фінансові наслідки для державного бюджету, затверджений рішенням Рахункової палати від 29 листопада 2018 р. № 30-4. URL: https://rp.gov.ua/upload-files/Activity/Collegium/2018/30-4_2018/Zvit_30-4_2018.pdf.

9. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06 липня 2005 р. № 2747-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

10. Кулак Н.В. Електронне забезпечення сфери здійснення державних закупівель в Україні : дис. ... канд. наук з державного управління : 20.00.02. Харків, 2015. 238 с.

11. Науково-практичний коментар до проекту Закону України «Про адміністративну процедуру» / авт. колектив О.Ф. Андрійко, В.М. Бевзенко та ін. ; за заг. ред. В.П. Тимощука. Київ : ФОРМ Мисшало Д.В., 2019. 460 с.

12. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Москва : Сов. Энциклопедия, 1973. 846 с.

13. Питання Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства : Постанова Кабінету Міністрів України від 11 вересня 2019 р. № 838 / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/838-2019-%D0%BF>.

14. Постанова Шостого окружного адміністративного суду від 05 березня 2019 р. у справі № 826/12827/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80384228>.

15. Про відключення попередньо авторизованого електронного майданчика від електронної системи закупівель : Наказ Міністерства економіки від 03 квітня 2020 р. № 615-20. URL: https://drive.google.com/file/d/1iE4iSQM838ZWK_dgyNyMTJBnkZ1_NYuD/view.

16. Про відключення попередньо авторизованого електронного майданчика від електронної системи закупівель : Наказ Міністерства економіки від 07 квітня 2020 р. № 644-20. URL: <https://drive.google.com/file/d/1EwTXhJvqTzl68DZzycMEqfMpwR8ggD8/view>.

17. Про відключення попередньо авторизованого електронного майданчика від електронної системи за-

купівель : Наказ Міністерства економіки від 07 квітня 2020 р. № 645-20. URL: <https://drive.google.com/file/d/1wSFWdZLmTXPshF-mHvbYUMfwH3WhdGQo/view>.

18. Про відключення попередньо авторизованого електронного майданчика від електронної системи закупівель : Наказ Міністерства економіки від 07 квітня 2020 р. № 646-20. URL: <https://drive.google.com/file/d/1zUGtq278JmbfxyXF8cbKBSiHLfyh9JLY/view>.

19. Про відключення попередньо авторизованого електронного майданчика від електронної системи закупівель : Наказ Міністерства економіки від 07 квітня 2020 р. № 647-20. URL: <https://drive.google.com/file/d/1r6VfM0JpLYGvOSFqzMF-Wv0UabdSwV6/view>.

20. Про внесення змін до Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків : Постанова Кабінету Міністрів України від 01 липня 2016 р. № 396 / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-2016-%D0%BF#Text>.

21. Про внесення змін до Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків : Постанова Кабінету Міністрів України від 10 липня 2019 р. № 704 / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/704-2019-%D0%BF#n2>.

22. Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків : Постанова Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 166 / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/166-2016-%D0%BF>.

23. Про затвердження Примірного договору про надання доступу до модуля електронного аукціону та бази даних : Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 28 березня 2018 р. № 435. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ME180317.html.

24. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах : Закон України від 05 липня 1994 р. № 80/94-ВР / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80/ed20140419#n56>.

25. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України : Законопроект від 29 грудня 2001 р. № 8413. База даних «Законодавство України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=11716.

26. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України : Законопроект від 29 квітня 2004 р. № 5462. База даних «Законодавство України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=5462&skl=5.

27. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України : Законопроект від 18 липня 2008 р. № 2789. База даних «Законодавство України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?%20pf3511=33073.

28. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України : Законопроект від 03 грудня 2012 р. № 11472. База даних «Законодавство України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44893.

29. Проект закону «Про адміністративні процедури» : Законопроект від 14 травня 2020 р. №3475. База даних «Законодавство України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834.

30. Проект закону «Про адміністративні процедури» : Законопроект від 28 грудня 2018 р. № 9456. База даних «Законодавство України». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65307.

31. Куйбіда Р.О. Проблема адміністративного договору у законодавстві, теорії, на практиці. *Державні закупівлі України*. 2008. № 12 (54). С. 28–32.

32. Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 14 листопада 2018 р. у справі № 826/12827/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78087176>.

33. Селіванова Н.П. Адміністративно-правове забезпечення функціонування системи електронних закупівель в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 ; НДІ публ. права. Київ, 2017. 222 с.

34. Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР, Ін-т мовознавства ; ред. кол. : І.К. Білодід (гол.), А.А. Бурячок, В.О. Винник та ін. Київ : Наукова думка. Т. 8 : Природа – Ряхтливий / ред. тому : В.О. Винник, В.В. Жайворонок, Л.О. Родніна та ін. 1977. 927 с.

35. Ковальчук М.О. Чим відрізняється авторизація від аутентифікації? Стаття від 30 вересня 2014 р. *WordPress* : вебсайт. URL: <https://kovalchukmm14.wordpress.com/2014/09/30>.

36. Шкарупа В.К., Лагода О.С. Адміністративна процедура, її значення та місце в адміністративно-процесуальній діяльності. *Право України*. 2006. № 6. С. 12–14.

Анотація

Оврамець Ю. О. Зміст та етапи адміністративної процедури авторизації електронних майданчиків. – Стаття.

У статті розглянуто поняття, сутність та етапи процедури авторизації електронних майданчиків як адміністративної процедури, розкрито її співвідношення з процедурою попередньої авторизації та процедурою авторизації попередньо авторизованого електронного майданчика. У статті автор досліджує нормативно-правове регулювання процедур авторизації електронних майданчиків і виявляє ряд характерних проблем, зокрема пов'язаних з існуванням категорій, які не знайшли свого відбиття в системі закону України «Про публічні закупівлі». Автором детально розглянуто процес проведення адміністративної процедури авторизації електронних майданчиків, з огляду на що запропоновано систему етапів вказаної адміністративної процедури. За наслідками пошуку актів правозастосування автором викладено основну проблематику вказаного виду адміністративних процедур у сфері публічних закупівель, пов'язану із запровадженням комплексної системи захисту інформації, формуванням статусу попередньо авторизованого майданчика й переходу до статусу авторизованого майданчика.

У результаті проведеного дослідження автором доведено, що адміністративні процедури авторизації суб'єктів публічних закупівель (авторизаційні, субавторизаційні й деавторизаційні процедури) опосередковують публічно-правові відносини між Уповноваженим адміністративним органом (Міністерством розвитку економіки, торгівлі й сільського господарства України) й учасниками цих відносин (потенційними операторами електронних майданчиків, операторами авторизованих / попередньо авторизованих електронних майданчиків). Адміністративні процедури авторизації суб'єктів публічних закупівель спрямовані на надання, зміну або позбавлення статусу оператора електронної системи шляхом авторизації / попередньої авторизації електронної системи, зміну доменного імені авторизованої / попередньо авторизованої електронної системи.

Ключові слова: адміністративна процедура, авторизація електронного майданчика, попередня авторизація

ція, авторизація попередньо авторизованого майданчика, етапи адміністративної процедури авторизації електронних майданчиків.

Summary

Ovramets Yu. O. Content and stages of the administrative procedure for authorization of electronic platforms. – Article.

The article considers the concept, essence and stages of the procedure of authorization of electronic platforms as an administrative procedure, reveals its relationship with the procedure of pre-authorization and the procedure of authorization of pre-authorized electronic platform. In the article the author reveals the legal regulation of electronic platform authorization procedures and identifies a number of typical problems, in particular, related to the existence of categories that are not reflected in the system of the law of Ukraine “On Public Procurement”. The author considers in detail the process of conducting the administrative procedure of authorization of electronic platforms, taking into account the proposed system of stages of this administrative procedure. According to the results of the search for law enforcement acts, the author

highlights the main issues of this type of administrative procedures in the field of public procurement, related to the introduction of a comprehensive information security system, the formation of pre-authorized platform status and transition to authorized platform status.

As a result of analysis, the author proved that the administrative procedures for authorization of public procurement entities (authorization, sub-authorization and de-authorization procedures) mediate public relations between the Authorized Administrative Body (Ministry of Economic Development, Trade and Agriculture of Ukraine) and participants in these relations (potential operators of electronic platforms, operators of authorized/pre-authorized electronic platforms). Administrative procedures for authorization of public procurement entities are aimed at granting, changing or revoking the status of the electronic system operator by authorizing/pre-authorizing the electronic system, changing the domain name of the authorized/pre-authorized electronic system.

Key words: administrative procedure, authorization of electronic platform, preliminary authorization, authorization of pre-authorized platform, stages of administrative procedure of authorization of electronic platforms.

УДК 342.9
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.627>

М. І. Смокович
orcid.org/0000-0003-1710-4044
доктор юридичних наук, заслужений юрист України,
голова
Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду

АДМІНІСТРАТИВНА ЮСТИЦІЯ ТА ЕЛЕКТРОННЕ СУДОЧИНСТВО В УКРАЇНІ

Розвиток інноваційних напрямків – це початок процвітання країн. Будь-який розвиток має починатися передусім із науки й освіти, і юридична наука нині є флагманом такого розвитку, оскільки останнім часом спостерігається перехід до розробки фундаментальних міждисциплінарних теоретичних і прикладних питань, пов'язаних з інноваціями у сфері «електронного уряду» й «електронного забезпечення правосуддя».

Цифрові технології невпинно проникають у всі сфери нашого життя, і правосуддя не є виключенням. Інформаційне забезпечення судочинства й інформатизація судів є елементами й провадами електронного правосуддя.

Основними чинниками для такого розвитку є передусім підвищення рік від року кількості судових справ, надмірне навантаження на суддів, а цьогоріч пандемія – все це остаточно поставило питання про підвищення продуктивності роботи, зручності й безпечності судової системи в цілому. Застосування інформаційних технологій за таких умов є одним із ключових напрямків підвищення ефективності роботи суддів, працівників апаратів судів тощо.

Зокрема, створення дієвої системи інформаційного забезпечення діяльності адміністративних судів є гарантією безперервності й оперативності врегулювання публічно-правових спорів у цілому [1, с. 120].

Забезпечення дієвих інформаційних ресурсів адміністративного судочинства гарантує дотримання принципів гласності, відкритості й транспарентності розгляду й розв'язання публічно-правових спорів [2, с. 359].

Ідеї впровадження в Україні системи електронного судочинства не нова, проте фактичного розвитку вона набула з прийняттям Закону України «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 року № 3262-IV, на виконання положень якого було прийнято Указ Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів».

Доцільно підкреслити, що створення ефективної та якісної системи інформаційного забезпечення діяльності адміністративних судів є міжнародним стандартом захисту суб'єктивних публічних

прав учасників суспільних правовідносин. Зокрема, згідно з Рекомендацією № R (84) 5 від 28 лютого 1984 року, схваленої Комітетом міністрів Ради Європи, визначено, що застосування найсучасніших технологій зв'язку є передумовою створення сприятливих умов доступу до правосуддя [3].

Нині ключовим елементом електронного судочинства є єдина телекомунікаційна система, однією з підсистем якої є «Електронний суд».

Наказом Державної судової адміністрації (далі – ДСА) України від 22 грудня 2018 року № 628 «Про проведення тестування підсистеми «Електронний суд» у місцевих та апеляційних судах» (зі змінами, внесеними наказом ДСА України від 26 квітня 2019 року № 429) запроваджено тестовий режим експлуатації підсистеми «Електронний суд» у всіх місцевих та апеляційних судах України.

У Касаційному адміністративному суді тестову експлуатацію підсистеми «Електронний суд» розпочато 02 травня 2019 року.

На шляху до впровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, яка довгий час чекала на свій запуск, взагалі, й «Електронного суду» зокрема, виникали й виникають різноманітні перепони як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру.

Цьогоріч в умовах оголошеного загальнодержавного карантину Вища рада правосуддя як орган суддівського врядування оперативно здійснила низку кроків і зрушила цю проблему з непохитного місця, щоб частково запустити «Електронний суд».

Зокрема, було ініційовано звернення до Президента України, Верховної Ради України з пропозицією внести відповідні зміни до процесуальних кодексів, які б забезпечили право осіб на доступ до правосуддя в умовах карантину; звернення до Державної судової адміністрації України, яка мала невідкладно надати на затвердження положення про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему в рамках забезпечення участі осіб у судових засіданнях дистанційно й надання можливості подачі документів в електронній формі.

Задля оперативного напрацювання органами системи правосуддя пропозицій щодо здійснення ефективних заходів, спрямованих на забезпе-

чення стабільної роботи судів, органів системи правосуддя в умовах карантину, при Вищій раді правосуддя було створено координаційну раду в складі голів Верховного Суду й апеляційних судів, до роботи якої були залучені й представники Національної школи суддів України й інших інституцій. Також судам було надано рекомендації невідкладно запровадити спеціальні заходи щодо організації роботи судів і доступу до приміщень, де розташовані суди.

Натепер можна констатувати, що електронне правосуддя в Україні поки що знаходиться на початковому етапі становлення, проте доцільно вказати, що відповідні карантинні заходи надали поштовх для подальшого активного впровадження підсистеми «Електронний суд».

Звичайно, під час освоєння судами процесу дистанційної роботи виникало безліч питань, які насамперед стосувалися ідентифікації та авторизації осіб, використання певного програмного продукту державними органами, безпеки й захисту інформації, збереження персональних даних тощо. Okремо слід звернути увагу на те, що нагальною проблемою залишається неготовність інфраструктури судів до дистанційної роботи повною мірою – досі не всі суди забезпечені відповідним технічним обладнанням.

Утім, у квітні 2020 року українськими судами було апробовано систему відеоконференцв'язку EasyCon, яка працює за допомогою кваліфікованого електронного підпису й дозволяє судам ідентифікувати особу.

Надзвичайно важливо, що ці технологічні зміни в роботі судів стають реаліями сьогодення, хоча донедавна були чимось недосяжним. Адміністративні суди, ставлячи життя та здоров'я людини як найвищу соціальну цінність на перше місце, в умовах пандемії змогли забезпечити й гарантувати людям обидва права – життя та здоров'я, що є першочерговим, а також право на захист – право на справедливий суд. Це є безумовним досягненням.

Впевнений, питання диджиталізації судочинства буде актуальне й після завершення карантину. Новітні технології, які впроваджені судами в умовах пандемії, можливо стануть більш «популярними» й застосовними, ніж судовий процес у класичному його розумінні. Час покаже.

У нинішній ситуації судова система також використовує позитивний досвід зарубіжних країн у впровадженні цифрових технологій у судах, де така модель успішно працює, залучаємо ініціативи, які дають результат.

Прикладом сказаного може слугувати апробація Вищою радою правосуддя системи документообігу COURTAL, яка в Естонії була впроваджена декілька років тому. Система COURTAL – це система документообігу для створення судових справ у суді й управління ними, використання якої дало

змогу в Естонії витратити на різні процеси в суді на 32 % менше часу, ніж витрачається в середньому в Європі. Разом із тим COURTAL – це зручна інтеграція взаємодії між судом і суміжними інститутами: прокуратурою, поліцією, адвокатурою, іншими інститутами сектору юстиції та зацікавленими сторонами, офіційними базами даних тощо.

Впровадження електронного судочинства – це майбутнє, яке вже нині дає можливість оперативно й максимально зручно для сторін розв'язати спір, а в сучасних умовах пандемії забезпечити безпеку всім учасникам процесу.

Звісно, на шляху впровадження таких новітніх форм правосуддя постає багато питань. Задля їх розв'язання маємо набувати досвіду, в тому числі й переймаючи найкращі практики світу. Так, наприклад, в окремих країнах, в яких можна виділити правосуддя, що реалізовується в самостійній електронній формі, існують певні процесуальні способи захисту забезпечення конфіденційності персональних даних учасників судочинства.

Зокрема, в Канаді застосовуються спеціальні рекомендації, підготовлені Судовим консультативним комітетом (Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol), в яких містяться орієнтири для судів, які мають показати належний рівень відкритості своєї роботи й водночас забезпечити захист особистих даних.

Доцільно вказати, що такі країни як США, Велика Британія та окремі країни Євросоюзу мають неоціненний досвід у сфері впровадження інформаційних технологій у діяльність судів. Так, у публікаціях зарубіжних фахівців термін «електронний суд» або «електронне правосуддя» використовується досить давно.

Зокрема, «Електронний суд» містить такі компоненти: звернення до суду в електронній формі й управління справою за допомогою інформаційних технологій; цифровий запис ходу судового розгляду; відеоконференції; безпечну електронну пошту; управління кадровими ресурсами суду; календар судових засідань; менеджмент у сфері фінансів та інформаційних технологій; управління рухом судових справ; моніторинг якості роботи й інші складові частини.

У федеральних судах США електронне забезпечення правосуддя виробляється у формах електронної публікації («e-posting») та системи подачі судових документів в електронному вигляді («e-filing»).

Варто вказати, що електронна публікація судових актів була розпочата як експеримент у 1988 році на основі системи Paper. Ініціатором створення Paper виступав Адміністративний офіс судів США. Натепер можливий відкритий доступ всіх зацікавлених осіб до матеріалів судових справ і супутньої інформації в системі Paper через Інтернет. Система Paper містить такі відомості:

реєстр заяв; відомості у справі (предмет і ціна позову, номер справи, учасники засідання, в якій стадії розгляду справа перебуває); судові рішення та постанови; календар призначених до розгляду й розглянутих справ. Система дозволяє проводити пошук за видом справи, датою подачі заяви, найменуванню сторони справи, прізвища судді, представника сторони й іншими параметрами.

Зокрема, федеральні суди самостійно ведуть базу даних по своїм справам зі щоденним посиленням даних у центр системи *Rasег*. Користування системою здійснюється за плату, яка розраховується залежно від кількості завантажених або роздрукованих сторінок, але не більше 2,4 долара США за один документ. Оплата здійснюється через сайт системи *Rasег* із використанням кредитної картки. Водночас плата стягується тільки в разі здійснення операцій на суму, що перевищує 10 доларів США в рік. Таким чином, багато громадян звільняються від сплати за отримання копій судових актів. Незважаючи на це, фінансова віддача системи велика – тільки у 2008 році доходи від використання системи *Rasег* перевищили витрати на 150 мільйонів доларів США.

Для електронної подачі судових документів із 2001 року для судів США з питань банкрутства, а пізніше й для окружних та апеляційних судів було розпочато використання Системи «Управління справою / Електронне досьє справи» (*Case Management / Electronic Case Files*, далі – *CM/ECF*) [4, с. 27].

У Великій Британії електронна подача документів до суду стала можливою в експериментальному порядку із червня 2009 року, зокрема в Адміралтейському (морському) й Торговому судах, Лондонському Промисловому й Торговому суді при Королівському суді (*Commercial and London Mercantile Courts at the Royal Court of Justice*).

Судочинство у Фінляндії провадиться з використанням системи управління справами (*TUOMAS*).

Слід зазначити, що застосування інформаційних технологій в європейських судах відбувається відповідно до Висновку Консультативної Ради Європейських Судей (далі – КРЕС). Так, під час роботи над Заключенням Консультативної Ради Європейських Судей була опублікована цікава й гостра інформація стосовно використання інформаційних технологій в європейських судах. Крім того, джерелом інформації стало опитування, проведене Комісією Ради Європи з ефективності правосуддя (далі – СЕРЕJ). Для своїх звітів СЕРЕJ класифікувало інформаційні технології за їх роллю в судовому процесі, а саме: пряма підтримка для судей і співробітників і підтримка взаємодії між судом і сторонами.

За рівнем використання інформаційних технологій у судах СЕРЕJ ділить країни-члени Ради Європи на три групи. Так, у першій групі техно-

логії прямої підтримки й управління судами застосовуються у всіх судах, а технології взаємодії використовуються для зовнішніх комунікацій. У цю групу входять такі країни як Болгарія, Чехія, Литва, Швейцарія, Північна Ірландія, Франція, Норвегія, Португалія, Словаччина, Естонія, Туреччина, Австрія, Данія, Фінляндія, Мальта, Шотландія тощо. До другої групи характерне застосування технології прямої підтримки й управління судами, але використання зовнішніх комунікаційних технологій все ще обмежене. Це такі країни як Албанія, Боснія і Герцеговина, Бельгія, Латвія, Швеція, Нідерланди, Хорватія, Італія, Монако, Польща, Угорщина, Люксембург, Македонія, Ірландія, Румунія, Вірменія, Словенія, Іспанія, Англія та Уельс. І до третьої групи входять такі країни як Молдова, Азербайджан, Кіпр, Греція, Чорногорія, Андорра й Сербія [4, с. 28–30].

Україна, як і весь світ, стрімко рухається вперед у напрямі побудови нового інформаційного суспільства. Суспільства, однією з ознак якого є переведення максимальної кількості комунікацій звичайної життєдіяльності людини в електронну, інформаційну форму. І адміністративне судочинство є однією з таких сфер.

Окремі кроки на цьому шляху вже зроблено. І саме пандемія стала, можна сказати, «поштовхом» для швидшого розвитку в цьому напрямі, оскільки парламент, ухваливши «антикоронавірусний» закон, надав сторонам більше можливостей брати участь у процесах дистанційно. Раніше ця можливість також була, але учасник процесу мав з'являтися до найближчої судової установи, де ідентифікували його особу й забезпечували його віддалену участь у процесі, що відбувся в іншому суді. Зараз процедуру спростили. І за допомогою різних програм відеоконференцв'язку сторони отримали більше можливостей на проведення дистанційних засідань, а суди – більше інструментів для ідентифікації сторін.

Зокрема, європейські експерти неодноразово наголошували, що чотири рівні електронної взаємодії між громадянами й владою, що розроблені в Європейському Союзі, є запорукою ефективності будь-якої системи, у тому числі й судової. Це такі рівні: перший рівень – онлайн інформація про загальнодоступні послуги; другий рівень – одностороння взаємодія: завантаження форм із сайтів; третій рівень – двостороння взаємодія: обробка форм (у тому числі аутентифікація), процесуальні дії в цифровій формі; четвертий рівень – транзакція: робота зі справою, прийняття та оголошення рішення, оплата тощо.

Тим більше, що в окремих країнах вже апробовані системи електронного правосуддя, які відповідають усім названим вище рівням інформатизації судочинства. Зокрема, в цьому аспекті доцільно згадати сингапурську Систему електро-

ної подачі документів (Electronic Filing System); Інтегровану електронну систему цивільних позовів (Integrated Electronic Litigation System); Службу електронного вилучення документів (Electronic Extract Service); Електронну інформаційну службу (Electronic Information Service), яка дає можливість дізнаватися про всі процесуальні дії суду в режимі реального часу; Сайт системи LawNet, який є єдиною точкою доступу до судових сервісів; електронний інформаційний сервіс «Судовий кабінет», який реалізований у Республіці Казахстан, м– єдине вікно для доступу до електронних сервісів судових органів; американську систему «Зал суду 21»; британську систему «Суд швидкий і невідворотний» (Swift and Sure Justice), стрижнем яких є максимальна диджиталізація судового процесу.

Разом із тим нині триває виборчий процес. У зв'язку із чим хочу підкреслити, що електронне судочинство як форма розгляду й розв'язання виборчих спорів безумовно сприяє досягненню забезпечення оперативності його врегулювання.

Досвід врегулювання виборчих спорів порядку реалізації електронної форми судового провадження притаманний для більшості зарубіжних європейських країн. Зокрема, в Іспанії будь-який виборець задля забезпечення належної реалізації виборчих прав сприяє встановленню можливості реалізації активного виборчого права через відповідне повідомлення незалежно від місця знаходження виборця [5].

Звісно, новітні технології – це передусім нові можливості й оптимізація процесу, проте, безумовно, реалізація ідеї електронного судочинства має здійснюватися одночасно зі створенням правової та матеріальної бази щодо захисту електронної інформації, оскільки від цього залежить безпека учасників адміністративно-процесуальних відносин, а також справедливість, рівність, законність і неупередженість судового процесу й рішень.

Отже, незважаючи на те, що криза, викликана пандемією, виявила проблеми, пов'язані з недосконалістю правового регулювання, технічною неготовністю судів переходити до електронного судочинства, що є нагальною потребою часу, держава потужно підтримує та розвиває цей напрям. Зокрема, створено Міністерство й Комітет цифрової трансформації, а також у Комітеті Верховної Ради України з питань правової політики створено робочу групу з цифровізації судочинства, де обговорюються питання інновацій для запуску Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи.

Література

1. Пчелін В.Б. Правові засади інформаційного забезпечення адміністративного судочинства України. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 8. С. 120–124.

2. Блінова Г.О. Адміністративно-правові засади інформаційного забезпечення органів публічної адміністрації в Україні : актуальні питання теорії та практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя : ЗНУ, 2019. 545 с.

3. Рекомендация R (84) 5 Комитета министров государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы от 28 февраля 1984 г. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_126.

4. Заплотинський Б.А. Електронне судочинство : конспект лекцій. Кафедра менеджменту та інформаційних технологій КІВтаП НУ «ОЮА», 2018. 84 с.

5. Поняття, принципи і стадії, суб'єкти виборчого процесу. *Радник* : український юридичний портал. URL: <http://radnuk.info/pidrychnuku/konct-protsec/466-konst-protsec/7975-s-5>.

Анотація

Смокович М. І. Адміністративна юстиція та електронне судочинство в Україні. – Стаття.

У статті розглянуто питання впровадження електронного судочинства в Україні. Вказано, що забезпечення дієвих інформаційних ресурсів адміністративного судочинства гарантує дотримання принципів гласності, відкритості й транспарентності розгляду й розв'язання публічно-правових спорів. Зроблено висновок, що окремі кроки на цьому шляху вже зроблено. І саме пандемія стала, можна сказати, «поштовхом» для швидшого розвитку в цьому напрямі, оскільки парламент, ухваливши «антикоронавірусний» закон, надав сторонам більше можливостей брати участь у процесах дистанційно. Раніше ця можливість також була, але учасник процесу мав з'являтися до найближчої судової установи, де ідентифікували його особу й забезпечували його віддалену участь у процесі, що відбувся в іншому суді. Зараз процедуру спростили. І за допомогою різних програм відеоконференцв'язку сторони отримали більше можливостей на проведення дистанційних засідань, а суди – більше інструментів для ідентифікації сторін.

Констатовано, що європейські експерти неодноразово наголошували, що чотири рівні електронної взаємодії між громадянами й владою, що розроблені в Європейському Союзі, є запорукою ефективності будь-якої системи, в тому числі й судової. Це такі рівні: перший – онлайнова інформація про загальнодоступні послуги; другий – одностороння взаємодія: завантаження форм із сайтів; третій – двостороння взаємодія: обробка форм (у тому числі аутентифікація), процесуальні дії в цифровій формі; четвертий – транзакція: робота зі справою, прийняття та оголошення рішення, оплата тощо.

Підсумовано, що незважаючи на те, що криза, викликана пандемією, виявила проблеми, пов'язані з недосконалістю правового регулювання, технічною неготовністю судів переходити до електронного судочинства, що є нагальною потребою часу, держава потужно підтримує та розвиває цей напрям. Зокрема створено Міністерство й Комітет цифрової трансформації, а також у Комітеті Верховної Ради України з питань правової політики створено робочу групу з цифровізації судочинства, де обговорюються питання інновацій для запуску Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи.

Ключові слова: електронний суд, інформаційні технології, адміністративний процес.

Summary

Smokovych M. I. Administrative justice and electronic justice in Ukraine. – Article.

The article considers the introduction of electronic justice in Ukraine. It is stated that the provision of effective information resources of administrative proceedings guarantees compliance with the principles of publicity, openness and transparency of consideration and resolution of public disputes. It is concluded that some steps have already been taken in this direction. And it was the pandemic that became, so to speak, a “push” for faster development in this direction, as the parliament, having passed the “anti-coronavirus” law, gave the parties more opportunities to participate in the processes remotely. Previously, this possibility was also available, but the party had to appear at the nearest court, where his identity was identified and his remote participation in the trial, which took place in another court, was ensured. Now the procedure has been simplified. And with the help of various video conferencing programs, the parties have more opportunities to hold remote hearings, and the courts have more tools to identify the parties.

It was stated that European experts have repeatedly stressed that the four levels of electronic interaction between citizens and government, developed in the EU, namely: the first level: online information on public services; second level: one-way interaction: downloading forms from sites; third level: two-way interaction: form processing (including authentication), procedural actions in digital form; fourth level: transaction: work with the case, decision-making and announcement, payment, etc., the key to the effectiveness of any system, including judicial.

It is concluded that despite the fact that the crisis caused by the pandemic has revealed problems related to imperfect legal regulation, technical unpreparedness of courts to move to e-justice, which is an urgent need of the time, the state strongly supports and develops this area. In particular, the Ministry and the Committee for Digital Transformation have been established, and a working group on the digitalization of the judiciary has been set up in the Verkhovna Rada Committee on Legal Policy to discuss innovations for the launch of the EITC.

Key words: electronic court, information technologies, administrative process.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 343.8
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.628>

М. А. Матвійчук
orcid.org/0000-0002-2867-2832
аспірантка, викладачка кафедри кримінально-правових дисциплін
Національного університету «Острозька академія»

**СМЕРТНА КАРА В МОСКОВСЬКІЙ ДЕРЖАВІ ТА РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ
В ПРАЦЯХ І. МАЛИНОВСЬКОГО: КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧИЙ АСПЕКТ**

Постановка проблеми. Історія кримінально-виконавчого права та його окремих інститутів, у тому числі інституту смертної кари, на відміну від історії, наприклад, права державного, кримінального й судового, не була предметом спеціального дослідження І. Малиновського. Вчений окремо розглянув лише комплекс питань радянського виправно-трудоного права кінця 20-х років минулого століття та розглянув в одній з останніх своїх праць, що вийшли друком, – «Радянські поправчо-трудоі установи порівнюючи з буржуазними тюрмами» (1928 р.) [1]. Але історію кримінально-виконавчого права та його інститут смертної кари він досліджував практично впродовж усієї своєї наукової діяльності, хоча якби побічно, під час дослідження історії права державного й кримінального («Лекції з історії руського права» 1907 р. [2]; 1914 р. [3]; 1918 р. [4]), у контексті з'ясування соціального інституту кровавої помсти та її генетичного взаємозв'язку зі смертною карою («Кровава помста та смертні страти» Випуск I. 1908 р. [5]; Випуск II. 1909 р. [6], «Початкова сторінка з історії смертної кари» 1909 р. [7]), і навіть із позицій її відбиття в російській художній літературі другої половини XIX – початку XX ст. («Руські письменники-художники про смертну кару» 1910 р. [8] тощо). Застосування ж смертної кари в Московській державі, а особливо в Російській імперії – це також її застосування на теренах України, що по суті становить прогалину як вітчизняної науки кримінально-виконавчого права, так і науки історії держави й права України.

Слід зазначити, що в юридичній літературі російського так званого дореволюційного періоду цій темі також уваги приділялося надзвичайно мало, бо смертна кара там досліджувалась головним чином в її кримінально-правовому значенні [9; 10], і навіть тоді, коли вона була предметом спеціального дослідження [11; 12; 13].

Метою статті є виокремлення з наведених вище й інших наукових праць І. Малиновського

кримінально-виконавчого зрізу історії смертної кари в Московській державі й Російській імперії як частки історії кримінально-виконавчого права України.

Виклад основного матеріалу. У «Руській правді», зауважував І. Малиновський, не було вказівок про смертну кару, хоча в пам'ятках побутових – літописах, житіях святих, творах арабських письменників – є свідчення про те, що вона в древній Русі застосовувалась. Можна погодитись, що смертну кару допускало звичаєве право, оскільки вона є природним продовженням помсти у формі вбивства. В «Повчанні» Володимира Мономаха є класичне місце: «не убивайте і не повелівайте убити, якщо буде винуватий в смерті». Отже, зазначав учений, були випадки, коли звичай приписував смертну кару, але князь Володимир Мономах давав вказівку своїм дітям не наслідувати цьому звичаю [5, с. 169].

Але вже в перехідну епоху від древньої Русі до московської (та литовської) Русі застосування смертної кари посилюється. З'являються постанови про смертну кару й в правових актах, у тому числі в правових актах московської Русі.

Вперше про смертну кару на теренах Московської держави згадується в статутній Двінській грамоті (1397 р.), і згадується лише за один злочин – третю татьбу (крадіжку). Надалі, зокрема в Псковській судній грамоті, про смертну кару йдеться вже в шести випадках: за татьбу третього разу, підкидання полічного, святотатство, конокрадіство, підпал і зраду. Московські Судебники (1497, 1550 рр.) збільшують перелік злочинів, за вчинення яких передбачається смертна кара, а в уложенні царя Олексія Михайловича (1649 р.) вона вже передбачена за вчинення близько 60 злочинів: за богохульство, за політичні злочини, за згвалтування жінки, за необережне вбивство тощо. Укази другої половини XVII ст. ще більше розширюють її застосування. Смертна кара приписується навіть за злочини, здавалося б,

маловажні, наприклад, за пожежу з необережності, за купівлю хліба з метою підвищення цін, за купівлю хутра в сибірських іноземців, за торгівлю ревенем тощо. Тобто, загроза смертною карою робиться звичайним шаблоном [4, с. 347–348].

На початку XVIII ст. за царювання Петра I відбувається подальше розширення смертної кари. Вона призначається за найрізноманітніші проступки: за повільну поштову їзду, за порубку дуба в заповідному лісі, за відмову продати сіль у роздріб, за те, що справу не завершено в заданий термін тощо. А вінцем посилення загрози смертної кари були Військові Артикули, в яких вона передбачалась у 122 випадках, у тому числі в таких як зв'язок із дияволом, зв'язок із пеклом, осуд государя та таке подібне. Так, у другій половині XVII ст. і на початку XVIII ст. в Московській державі, а отже й у Російській імперії смертна кара досягла свого апогею, стала явищем буденним. Лише за так званий «монетний бунт» було страчено, наприклад, понад 7 000 людей [4, с. 348; 5, с. 192].

Московські Судебники не вказували форми смертної кари, обмежуючись загальними виразами: «живота не дати», «стратити смертною карою». Уложення ж 1649 р. уже знало повішання, спалювання, залиття горла розплавленим металом та окопування в землю. А Військові Артикули – розстріл, повішання, відсічення голови мечем, спалювання, четвертування та колесування та інші. Але ні Уложення, ні Військові Артикули не називали всіх видів смертної кари, що практикувалися. У законодавстві майже не регулювався й порядок приведення смертної кари до виконання, не визначались її виконавці, не регулювалися й інші кримінально-виконавчі питання цього явища. Їх творив у своїх вироках суд, який у Московській державі, а пізніше й в Російській імперії аж до Судових Статутів 1864 р. не був відділений від адміністрації та належав органам виконавчої влади, а також кримінально-виконавча практика цих органів. В усякому разі в XVII ст. і в першій половині XVIII ст. практикувалися прості й кваліфіковані види смертної кари; прості: відсічення голови, повішання, утоплення, розстріл; кваліфіковані: спалювання, залиття горла металом, четвертування, садіння на кіл, повішання за ребро. Смертна кара, як і інші покарання того часу, переслідували не лише мету помсти, захисту держави й суспільства від злочинців та отримання матеріальної вигоди, а й залякування. Тому виконання смертної кари було обставлене такими обрядами, які мали на меті наругу над ворогом, мучення його. Страти здійснювалися публічно: з метою наруги над ворогом влаштовувались інколи урочисті й разом із тим ганебні в'їзди засуджених до страти в місто. Законодавець вимагав, щоби народ йшов на страту під звуки барабану. Тому страти й були явищем буденним. Трупні страчених вистав-

лялись «на позорище»: тіла довго залишалися на шибеницях чи деревах або віддавалися як їжа собакам. Руки, ноги, голови страчених встромлялись на піки. Інколи робилася наруга над трупами [4, с. 236–260; 4, с. 327–328; 5, с. 100]. За інформацією, як саме здійснювалися страти окремих видів, І. Малиновський відсилає до інших наукових праць, зокрема праць Н. Сергеевського й А. Філіппова [14; 15].

Так, Н. Сергеевський із цього предмету писав, що хоча в праві не було визначень, як мала здійснюватися страта того чи іншого роду, яка мала бути обрядова сторона страти тощо, але незалежно від способу позбавлення життя смертна страта здійснювалась або з дотриманням певних обрядових формальностей, або ж без них. Ці відмінності залежали більше не від роду й важливості злочину, а від кількості злочинців, що підлягали страті, від часу, який мали у своєму розпорядженні виконавці й інших, побічних обставин [14, с. 90–91].

Формальний порядок мав у собі три частини: покаяння та духовну настанову, читання вироку, ходу до місця страти. Для покаяння призначалась спеціальна хата в тюрмі, в якій засуджений мав провести певний час, постити, причащатися та сповідатися. Але причастью та сповіді підлягали не всі. За Уложенням, наприклад, причастью не підлягали злодії та розбійники. У багатьох же випадках причастья та сповідь не здійснювалися через обмаль часу, коли страта здійснювалась поспіхом. Щодо ходи, то існував звичай, згідно з яким засуджені йшли до місця із запаленими восковими свічками в руках. Читання вироку, зазвичай дяком, відбувалося на місці страти (в Москві на Червоній площі), в присутності особливо призначених для цього людей, наприклад, двох бояр, одного окольничого й ще одного дяка. Зачитавши вирок, дяк повелівав здійснити страту [14, с. 89–92]. Здійснював страту кат (палач – рос.), який, як і всі служиві люди Московської держави, спочатку перебував на системі так званого годування, а згодом, і в Російській імперії, – на державному утриманні [4, с. 239; 4, с. 246; 14, с. 94–97].

Ось коротке описання окремих видів страт.

Прості види. *Відсікання голови*, як воно зображене на малюнку страти стрільців під Воскресенським монастирем; плахою служать прості, покладені в ряд колоди. Стрільці рачки стоять один біля одного з покладеними на колоди головами, а чотири кати із сокирами йдуть вздовж ряду й рубають голови одну за одною. *Повішання* здійснювалось за допомогою мотузки на шийі злочинця, прикріпленої до шибениці або до дерева. *Утоплення* застосовувалось головним чином тоді, коли страти проводились масово. Наприклад, бунтівникам 1662 р. зав'язали руки назад, посадили у великі човни й втопили в річці Яузі. *Розстріл*, введений Військовим Артикулом, здійснювали

з луків, пицалей та іншої стрілецької зброї, але здійснювали не кати, а окремі військові чи команди з розстрілів.

Кваліфіковані види. *Четвертування*, на прикладі Степана Разіна: спочатку кати йому відрубали обидві праві кінцівки, потім відрубали обидві ліві кінцівки, голову. *Залиття горла розплавленим металом* (оловом чи свинцем) призначалося «злодійським золотих і срібних справ майстрам». *Окопування землею* також мало своє призначення: цій страті піддавалися дружини за вбивство своїх чоловіків. Злочинниці вкопувалися в землю стоячи або на колінах по плечі, разом із руками, і залишалися так без їжі й води до настання смерті. До закопаних приставлялася сторожа, щоби ніхто не давав їсти й пити нещасним, а вдень біля них знаходився священник, який із запаленою восковою свічкою читав молитви. *Садження на кіл* проводилось таким чином: в землі закріплювався вертикальний кіл із загостреним верхнім кінцем; злочинця, зі зв'язаними назад руками, садили на нього зверху так, щоби загострення увійшло в задній прохідний отвір. Під впливом ваги тіла кіл входив у внутрішності аж до висовування на плечах чи на грудях. *Колесування* складалося з двох частин: спочатку ламання колесом, тобто роздроблення кінцівок тіла колесом, а після покладання на колесо. Ламання здійснювалось таким чином: засуджений розтягувався на землі, руки й ноги, щоби усунути рухи, прикріплялися до вбитих в землю кілків. Під ті місця тіла, в яких треба було роздробити кістки, підкладалися дерев'яні підставки з жолобками. Саме ж роздроблення проводилося дерев'яним колесом, на одному краю якого, по його колу, прикріплювалася ребром тупа залізна смуга. Кат, взявши в руки це колесо й піднявши його в повітря, ударяв залізною смугою по тому місцю, де находилася підставка з жолобком. Тупе залізо не різало м'ясо, а лише роздроблювало кістки. За роздробленням кісток слідувало покладання на колесо: на вертикальному стовпі чи колі, вище людського зросту, закріплювалось горизонтальне колесо; на нього клався ламаний, а роздроблені його кінцівки пропускалися між спицями. *Спалювання* призначалося головним чином за релігійні злочини. Воно проводилось або на багатті, на великому чи повільному вогні, або в зрубі. У першому випадку злочинця прив'язували до стовпа, обкладали різними горючими матеріалами, більше чи менше, які запалювали. У другому випадку злочинця закривали в зрубі, обкладали зруб соломкою, яку запалювали. *Повішання за ребро* проводилось залізним крюком, який прикріплювався до шибениці. Крюк втикався засудженому в бік між ребрами так, щоби він загостреним кінцем висовувався назовні. Повішаний таким чином мусів висіти боком і зігнувшись навпіл – ноги й руки вниз, тулуб нагорі [14, с. 98–133].

А ось оповідь «урочистої» церемонії ганьби перед стратою. 28 травня 1652 р. вступав в Москву злодій і самозванець Тімошка Анкудінов (лже-Шуйський) зі своїм товаришем і слугою Костькою Конюховським. Конюховський йшов спереду процесії. Шия його була закована в товстий залізний обруч, від якого спускався вниз до пояса також товстий ланцюг, прикріплений до широкого залізного обруча, що служив за пояс. Руки зв'язані на спині, а чотири довгі мотузки, прикріплені до його шиї та рук, кінцями волочилися по землі. Конюховського оточували стрільці, а поряд їхав верхом на білому коні піддячий і голосно кричав народу: дивіться православні, ось государів зрадник, ось лиходій і зрадник землі руської... Натовп народу біг попереду, тіснився по сторонах і поспішав слідом [14, с. 130].

Інкони здійснювалася наруга й над трупами. І. Малиновський наводить такі приклади з практики й законодавства. Так, у 1696 р., через 13 років після страти, був виритий труп боярина Івана Милославського, якого привезли на возику шістьма чудськими свинями «со сбережением палаческим» до Преображенського приказу, де розсікли на частини. Згідно з постановами Військових Артикулів тіло самогубця підлягало спаплюженню: «якщо сам себе вб'є, то належить кату тіло його в безчесне місце відволокти й закопати, але волочити спершу по вулицях <...>» (арт. 164). За участь у поєдинку, який закінчувався вбивством або пораненням противника, призначалась смертна кара через повішання: «а якщо станеться, що обоє або один із них у такому поєдинку залишиться, то їх після смерті за ноги повісити» (арт. 139). Дві жінки, мати й дочка, були окопані в землю за вбивство чоловіка останньої. Після смерті їх відкопали й повісили за ноги вниз головами на шибениці разом із двома убивцями, яких вони найняли для вчинення злочину [5, с. 190–191].

Але водночас не всі вироки про смертну кару виконувалися. З посиланням на А. Філіппова І. Малиновський наводить приклади, коли засуджені до смертної кари клопотали про помилування та заміну смертної кари на більш м'яке покарання, і такі клопотання часто-густо задовольнялися [15, с. 201–202]. З часів же царювання Єлизавети Петрівни застосування смертної кари стало обмежуватися шляхом заміни її політичною карою, рванням ніздрів, клеймуванням, а також вічним засланням на каторгу, особливо на каторгу із засланням у Сибір, бо мета кримінального покарання доповнилася в цьому плані такими компонентами, як використання дармової праці висланих і каторжних і колонізація країв [16]. Процес вимірання смертної кари продовжився й у XIX ст. і на початку XX ст. Згідно зі ст. 17 т. XV Зводу законів (1832 р.), смертна кара була збережена лише за політичні, карантинні й військові злочини. Ці по-

ложення, правда, збереглися і в Уложенні про покарання 1845 р., і в Кримінальному уложенні 1903 р. [4, с. 357–365].

Слід зазначити, що І. Малиновський у багатьох своїх працях підкреслював: історично крім державних судів кримінальні справи розглядалися і смертна кара призначалась й іншими, недержавними судами. Це державно-правове явище не оминуло й Московської держави й Російської імперії.

Одним із таких недержавних судів на теренах Росії був суд церковний, який у московську епоху широко втручався в компетенцію суду світського. Річ у тому, що вищі представники церкви там були діяльними помічниками великих князів у справі встановлення єдиного державія та самодержавія. Вони дали релігійне освячення влади Московської держави, вони признали, що Московські государі – захисники й покровителі православної віри, що Московський государ – захисник православ'я в усьому світі. Низка злочинів, підсудних церковним судам, якими по першій інстанції були єпископи, єпархіальні архієреї та духовна консисторія, а вищими – митрополит, пізніше патріарх, церковний синод, Святійший Синод, такі як богохульство, ересь, бунт проти церкви тощо карались смертною карою. Церква й виконувала вироки. Так, на початку XVI ст. за вироком церковного собору нею були страчені обвинувачені в так званій «ересі жидовствующих», у 1723 р. був страчений за вироком Святійшого Синоду обвинувачений в богохульстві й у «злому осуді Петра», з приписом «спалити монастир, де жив Левін», В. Левін [4, с. 307; 5, с. 191]. Проте із часів царювання Петра I межі юрисдикції церковних судів почали суттєво звужуватися.

До недержавних судів, які мали безпосереднє відношення до смертної кари, вчений відносив і суди вотчинні. У Московській державі такі суди належали палацу государя, самому государю, а також поміщикам. Суду государя спочатку були підсудні справи над усіма селянами, що проживали на територіях, належних палацу государя. Але пізніше московські великі князі стали без суду чинити розправу над тими, кого вважали своїми ворогами, розкольниками. Така розправа називалася «опал». Коли господар «опалювався», він без суду й слідства страчував, відправляв у заслання, ув'язнював, конфіскував майно. Яскравим прикладом такої опали в плані нашого дослідження І. Малиновський наводить «опалу» царя Івана Грозного під назвою «опричина». Загін, який доходив кількістю до 6 000 осіб на чолі з Малютою Скуратівським, за дорученням царя мав вивести кривоу в руській землі, головним чином з-поміж боярства. Зовнішній вигляд опричників вказував на їх призначення. До сідла опричника прив'язана була мітла й собача голова, бо він мав вимітати зраду, винюхувати, відстежу-

вати й гризти кривоу. Опричник із ніг до голови був одягнений у чорне, їздив на вороному коні в чорній збруї, бо він, як онок, що відрікся від світу й веде боротьбу з мирськими спокусами, повинен був заради царя відректися від усіх земних примх і вести боротьбу з царськими недругами. Боротьба закінчилась масою загублених життів. Сам Іван Грозний, каже І. Малиновський, записував імена страчених і синодики розсилав у монастирі для поминання душ небіжчиків бояр, монахів і монахинь, дяків і дворових людей та інших «християн чоловічого, жіночого й дитячого чину, імена яких Ти Сам, Господи, весі». Таких нараховувалося понад 4 000, хоча інші джерела називають цифру в 10 000. Борис Годунов продовжував справу Івана Грозного, бояри відповіли йому тим же. Самосуд як суд вотчинний вчинявся також над так званими «царями-самозванцями» та їх рідними [4, с. 460–461; 5, с. 144–147].

Щодо вотчинного суду поміщиків і смертної кари, то тут вчений відштовхується від протилежного: якщо Уложення 1649 р. містило заборону карати своїх холопів (а отже й селян) смертною карою [4, с. 461], отже, таке явище відбувалося в Московській державі. Мало того, й у пізніші часи в Росії державні закони щодо прав поміщиків над своїми селянами уступали місце своєрідним «уложенням про покарання», складеними поміщиками для селян своїх помість. Такі, наприклад, «пункти» про покарання селян графа П. Румянцева 1751 р., «інструкції» графа П. Шереметьєва 1764 р., «наказ» Суворова 1780 р. й інші. Та й підтвердження тому – широко відома справа 1762–1768 рр. «поміщиці Салтичихи», в якій було доведено вбивство нею своїх 75 кріпосних людей [4, с. 461; 5, с. 161].

Починаючи з Військових Артикулів, у російському законодавстві безпосередньо або через видання спеціальних інструкцій, наприклад, Інструкції від 24 грудня 1719 р. для викорінення розбійників, якою вводилась і регламентувалась смертна кара шляхом повішання за ребро [14, с. 133], питання виконання кримінальних покарань, включаючи покарання у виді смертної кари, все більше й більше набувають писаного нормативно-правового характеру, хоча обрядові їх елементи продовжують своє існування аж до скасування смертної кари як такої. Ці питання були предметом дослідження інших науковців [9; 10]. І. Малиновський же сконцентрував свою увагу на боротьбі за скасування смертної кари, в тому числі у зв'язку з тим, що на початку XX ст., особливо під час революційних подій 1905–1907 рр., застосування смертної кари, причому її застосування як у судовому, так і в позасудовому порядку, який учений кваліфікував як відроджену кроваву помсту, різко виросло.

У своїй науковій праці «Кровава помста і смертні страти», Випуск II (1909 р.), як продов-

женні Випуску І праці за такою ж назвою, основаній на 97 актуальних першоджерелах, з-поміж яких програми й заклики революціонерів-терористів, листівки, розпорядження, накази й офіційні, в тому числі статистичні, дані державних органів, окремих посадових і службових осіб, витяги з вироків судів, повідомлення в пресі, спогади, розповіді, листи окремих людей тощо, автор правдиво продемонстрував і масові, й одиничні прояви державного терору у формі судових і позасудових розстрілів, повішань та інших форм страти селян, робітників, солдатів, революціонерів, протестантів, страйкарів тощо, винних і невинних у вчиненні діянь, за які їх страчували. Так, І. Малиновський наводить таку статистику, взяту з офіційних звітів: із 9 січня 1905 р. по січень 1906 р. насильницьку смерть, включаючи каліцтва, прийняло понад 30 000 людей, у тому числі вбито в Харківському окрузі – 875, в Новоросії (Одеська, Херсонська, Катеринославська губернії та Крим) – 1 146, Південно-західний край – 15, Київський округ – 388, Варшавський округ – 369. Або, згідно з газетними повідомленнями, лише з 1-го листопада по 1-ше грудня 1908 р. приведено до виконання 82 вироків (проти 53 за жовтень), зокрема, в Києві – 18, Катеринославі – 15, Херсоні – 9, Нижньому Новгороді – 7, Ризі – 5, Лодзі, Ізюмі й Кременчуці – по 4, Катеринобурзі й Царицині – по 3, Тулі, Тюмені, Харкові й Варшаві – по 2, Вільно й Дубно – по 1. А ось витяг зі стенографічного звіту Держдуми: «Біля 10 год. веч. 12 січн. 1906 р. на станцію «Іланську» прибув загін Меллер-Закомельського, негайно розігнав по команді офіцера «забрати цю сволоту» публіку, що стояла на пероні, й депутатів (від робочих для перемовин із зал. дор. начальством), і з двома жандармами-провідниками направився до тієї споруди, де зібрались робітники, окружив його ланцюгом, частина солдатів з офіцером зайшли в приміщення та відкрили вогонь пачками. Убитих за даними адміністрації не більше 25 (за підрахунком робітників біля 50), ранених більше 70. На другий день ранком, за півверсти від станції за семафором знайдено ще сім трупів в одному місці» [6, с. 11–129].

У наведеній та інших роботах І. Малиновський червоною ниткою проводить свою думку про те, що смертна кара, страти без суду – не кримінальне покарання, а кровава помста. Що ці інститути знаходяться в генетичному взаємозв'язку. Їх об'єднує одна головна суттєва риса – смертна кара, страти здійснюються по волі держави, кровава помста – по волі приватної особи. Поступово вбивство по волі приватної особи змінюється вбивством по волі держави. В умовах ХХ ст. смертна кара є пережитком кровавої помсти. Вона повинна бути скасована, бо суперечить правосвідомості сучасного людства, бо суперечить моральним почуттям сучасної людини [5, с. 67].

У питанні скасування смертної кари вчений посилається на резолюції проти смертної кари юридичних товариств, зборів адвокатів, публікації російських криміналістів тощо [4, с. 35]. З метою з'ясування відношення до смертної кари письменників і поетів Росії, І. Малиновський у роботі 1910 р. «Російські письменники-художники про смертну кару» досліджує їхню творчість із цього приводу й встановлює, що величезна більшість із них, зокрема Аксаков, Герцен, Гіляровський, Гоголь, Достоевський, Короленко, Пушкін, Толстой, Чехов, тобто цвіт російської інтелігенції, а всього 52, рішуче й однодушно засуджують смертну кару не лише з правової, а й з людської, моральної, християнської позицій; лише троє – Жуковський, Даль і Родіонов – її захисники [8].

Книга «Кровава помста і смертні кари» вченого викликала гучний резонанс по всій Росії. Вона зразу стала бестселером. Її широко обговорювали в наукових колах, у пресі, в середовищі політиків, включаючи Державну Думу. Лев Толстой, наприклад, ознайомившись із книгою, написав І. Малиновському листа, в якому зазначив, що «книзі зрадів, бо побачив усе її велике значення для звільнення нашого суспільства й народу від того жахливого гіпнозу злочинства, в якому тримає його наш жалюгідний, нікчемний уряд. Книга ваша, як я впевнений, завдячуючи уподобаному масам авторитету науки, головне ж – тому відчуттю обурення проти зла, яким вона пройнята, буде одним із головних діячів цього звільнення. Такі книги <...> можуть зробити те, що мені здавалося неможливим: помирити мене навіть з офіційною наукою» [17, с. 207].

Але книга й наукова творчість ученого в цьому напрямі не сприйнялися царським урядом. І. Малиновський зазнав через них переслідування. Депутат-чорносотенець Державної Думи Г. Замисловський присвятив Іоаннікію Олексійовичу весь свій виступ в Думі, безпідставно звинувативши в усіх земних гріхах: в організації студентських заворушень у Томську, в заклик до вбивства одного з лідерів правомонархічного блоку в Держдумі В. Пуришкевича, й нарешті в підриві самодержавства в роботі «Кровава помста і смертні кари». Професора в 1912 р. відсторонили від викладацької роботи й звільнили з Томського університету за причиною неблагонадійності, а прокуратурою проти нього було порушено кримінальну справу за ознаками п. 1 і п. 2 ст. 129 Кримінального уложення – за спонукання до бунтівних діянь і за заклики до повалення наявного ладу. Томський окружний суд професора виправдав, але виправдувальний вирок за скаргою прокурора був скасований Сенатом. Омський окружний суд, якому була передана справа, у вересні 1912 р. засудив І. Малиновського з перекваліфікацією його діянь на п. 3 і п. 4 ст. 129 Кримінального уложення за «спонукання до невиконання зако-

нів» до «ув'язнення в тюрмі на один місяць без позбавлення прав або обмеження в правах». Твір «Кровава помста і смертні кари» суд постановив знищити. Від відбування покарання вченого тоді «спас» указ із приводу 300-ліття дому Романових (амністія) [18, с. 7–9].

Висновки. Смертна кара в Росії була скасована постановою Тимчасового уряду 12 березня 1917 р. з наданням постанові зворотної сили. Значною мірою цьому сприяв науковий доробок І. Малиновського в цьому напрямі. Але смертна кара, в тому числі як один із засобів геноциду українського народу з боку російської дореволюційної держави-колонізатора, у вітчизняній науці в цілому досліджена ще зовсім не досить, що є нагальною перспективою подальших наукових досліджень.

Література

1. Малиновський О.О. Радянські поправчо-трудові установи порівнюючи з буржуазними тюрмами. *Збірник Соціально-Економічного відділу Всеукраїнської Академії Наук*. Київ, 1928. № 16. 293 с.
2. Малиновський І.А. Лекції по історії рускаго права. Випуск І. Томскъ : Типо-літографія Сибирскаго Т-ва Печатн. Дъла, 1907. 296 с.
3. Малиновський І.А. Лекції по історії рускаго права. Випуск І. Варшава : Типографія «Русскаго общества», 1914. 293 с.
4. Малиновський І.А. Лекції по історії рускаго права. Издательство кооперативного т-ва «Единение» въ Ростове на Дону, 1918. 488 с.
5. Малиновський І.А. Кровавая мечь и смертныя казни. Випуск І. Томскъ : Типо-літографія Сибирскаго Т-ва Печатн. Дъла, 1908. 209 с.
6. Малиновський І.А. Кровавая мечь и смертныя казни. Випуск ІІ. Томскъ : Типо-літоргафія Сибир. Тов-ва Печатн. Дъла, 1909. 278 с.
7. Малиновский И. А. Начальная страница из истории смертной казни (кровавая мечь). *Записки Императорскаго Русскаго Географическаго общества по отделению этнографіи*. Томъ XXXIV : Сборникъ въ честь семидесятилѣтія Григорія Николаевича Потанина. 1909. С. 189–210.
8. Русские писатели-художники о смертной казни. Томскъ : Типо-літографія Сибирскаго Т-ва Печатн. Дъла, 1910. 121 с.
9. Фойницкий И.Я. Ученіе о наказаніи въ связи с тюремнымъ ведениемъ. Санктъ-Петербургъ : 1887. 514 с.
10. Познышев С.В. Ученіе о карательныхъ мърахъ и мъръ наказанія. Москва : Типографія Русскаго Товарищества печатного и издательскаго дъла, 1908. 189 с.
11. Загоскинъ И.П. Очеркъ истории смертной казни въ Россіи. Казань : Типографія Императорскаго Университета, 1892. 102 с.
12. Григорьевъ Я. Изъ истории смертной казни въ Россіи. Москва : Книгоиздательство «Набатъ», 1907. 15 с.
13. Викторский С.И. История смертной казни въ Россіи и современное ея состояние. Москва : Типографія Императорскаго Московскаго Университета, 1912. 387 с.
14. Сергѣевский Н.Д. Наказаніе въ русскомъ правѣ XVII вѣка. Санктъ-Петербургъ : Изданіе книжнаго магазина А.Ф. Цинзерлинга, 1887. 287 с.
15. Филиппов А.Н. Наказаніе по законодательству Петра Великаго въ связи съ реформою. Москва : Университетская типографія, 1891. 457 с.
16. Малиновский І.А. Ссылка в Сибирь. Публичная лекція, читанная въ Томскъ въ ноябрь 1889 года. Томскъ : Паровая типо-літографія, 1900. 90 с.
17. Толстой Л.Н. Собрание сочинений : В 22 т. Т. 19–20. Письма. 1882–1910 / сост. и коммент. О.А. Голиенко, З.Н. Ивановой, С.А. Розановой, Б.М. Шумовой. Москва : Худож. лит., 1984. 673 с.
18. Попелюшко В.А. Иоанникий Алексеевич Малиновский (1868–1932). *Кровавая мечь и смертныя казни* / Малиновский И.А. ; под ред. проф. В.А. Попелюшко. Москва : Юрлитинформ, 2015. 488 с.

Анотація

Матвійчук М. А. Смертна кара в Московській державі та Російській імперії в працях І. Малиновського: кримінально-виконавчий аспект. – Стаття.

У статті за працями І. Малиновського розглянуто кримінально-виконавчий зріз видів смертної кари як кримінального покарання в Московській державі й Російській імперії. Зазначено, що в Київській Русі смертна кара не застосовувалась, а на теренах Росії вона була запроваджена Статутною Двінською грамотою (1397 р.) лише за один злочин – крадіжку втретє. Псковська Судна грамота, а за нею Московські Судебники (1497 р., 1550 р.) розширили її застосування, але видів ще не вказували. Уложення 1649 р. уже передбачало смертну кару в 60 випадках і вказувало на такі прості й кваліфіковані види, як повішання, утоплення, спалювання, залиття горла розплавленим металом, окопування в землю. За Петра I застосування смертної кари досягло свого апогею, а види доповнилися четвертуванням, відсіченням голови мечем, розстрілом, колесуванням, садінням на кіл, повішанням за ребро тощо. Крім державних судів, смертна кара на теренах і Московської держави, й Російської імперії застосовувалась також судами церковними й вотчинними. Хоча в законодавстві майже не регулювався порядок її застосування, його створила практика страт і суди, які до 1864 р. належали державним адміністративним органам, судовими вироками. Оскільки смертна кара мала за мету не лише відплату за вчинений злочин, а й запобігання злочинності шляхом залякування потенційних злочинців, вона була обставлена обрядами, що мали своєю метою наругу над засудженим як до, так і під час і після його страти. Страти здійснювались прилюдно, на площах, за загальним правилом катом, у присутності визначеного кола служивих людей, після оголошення дяком чи іншою служивою особою вироку суду. Каті, як і суд, спочатку перебували на так званому годуванні, а згодом на державному утриманні. Практика виробила й форми кожного окремого виду страти, які з тими чи іншими відмінностями застосовувались на всій території Московії та Російської імперії. З часів царювання Єлизавети Петрівни застосування смертної кари стало поступово обмежуватися. У XIX ст. після судово-правової реформи вона залишилася лише у виді розстрілу й повішання та застосовувалася тільки в межах тюрем, у присутності прокурора й лікаря. Але на початку XX ст., особливо під час революційних подій 1905–1907 рр. її судове й позасудове застосування з боку держави різко зросло. І. Малиновський як науковець рішуче виступив за її скасування. Влада розцінила це як заклик до її повалення, вченого засудили, а його наукову працю за вироком суду знищили шляхом спалювання. Скасована смертна кара була лише Тимчасовим урядом 12 березня 1917 р.

Ключові слова: смертна кара, кат, повішання, спалювання, четвертування, колесування, розстріл.

Summary

Matviichuk M. A. Death penalty in Moscow state and Russian empire under the research of I. Malynovskyi: a penal aspect. – Article.

The article is based on I. Malynovskyi research of death penalty types within the penal perspective as criminal punishment in Moscow state and Russian empire. It has been also stated that death penalty in Kyiv Rus was not imposed whereas in Russia it was established by the Statutory Charter of Dvina (1397) for committing theft for the third time in a row. Pskov Judicial Charter, and further Moscow Codes (1497, 1550), expanded its application, but did not point the types. Council Code (Ulozhennia) of 1649 applied death penalty in sixty cases and pointed such simple and qualified types as hanging, drowning, burning, throat-filling with smelt, and digging into the ground. Death penalty application was on its peak during the era of Petro I, and its types were expanded with dismemberment, head cutting with a sword, the firing squad, breaking wheel, impalement, rib hanging, etc. Death penalty was applied by state courts as well as by ecclesiastical and feudal courts across Moscow state and Russian empire. Even though legislation did not regulate this application completely, the latter one was created by execution practices and by courts, which by 1864 had been the part of governmental administrative bodies, and by verdicts. Since death penalty was aimed at

not only retribution for a committed crime, but at crime prevention through threatening of potential criminals, it was connected to rituals focused on torturing the convicts before, during and after their execution which was public, usually at squares. It was fulfilled by a deathman after an official has read the court verdict. As a rule, certain public officials were present. The deathman as well as the court officials were provided with state allowance. Each execution type acquired its own form which was applied throughout Moscow state and Russian empire with some differences. When Elizabeth, the daughter of Petro I, came to throne, death penalty application began to be limited. In the 19th century, after the judicial reform, death penalty was applied in the form of firing squad and hanging, and only within prisons at presence of a prosecutor and a doctor. In the beginning of the 20th century, especially during revolutionary events of 1905–1907, court and out-of-court application of death penalty by the state was drastically expanded. I. Malynovskyi, as a scholar, was quite determined in his position for its abolishment. Public authorities perceived this as the call for throwing them down, and, as a result, I. Malynovskyi was sentenced, and his academic thesis was destroyed by burning after the court verdict. Death penalty was abolished by Provisional Government on March 12, 1917.

Key words: death penalty, deathman, hanging, burning, dismemberment, breaking wheel, firing squad.

УДК 343.21:343.451
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.629>

А. О. Хлопов
orcid.org/0000-0001-5342-9183
аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ТАЄМНИЦІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ В РОЗРІЗІ ІНФОРМАЦІЇ ПРИВАТНОГО ХАРАКТЕРУ

Постановка проблеми. В умовах безпрецедентного інформаційного буму двадцять першого століття недоторканність приватного життя є і залишається однією з найважливіших сфер правового регулювання. Натепер охорона приватного життя людини на законодавчому рівні забезпечується цілим комплексом нормативно-правових актів. Однак цей масивний законодавчий арсенал стикається з рядом проблем, що позначаються на його ефективності. Насамперед це стосується значного розгалуження, прийняття різних актів, що часто не узгоджуються між собою та суперечать один одному. Вітчизняний законодавець надто повільно адаптується до сучасних реалій розвитку суспільних відносин. Це призводить до ситуації, коли значна частина сфер залишається не врегульованою. Від цього страждають насамперед пересічні громадяни, які позбавлені можливості захистити свої права й свободи. Слабким місцем виступає і поняттєвий апарат, який не завжди має офіційні дефініції, а наявні не враховують всіх потреб.

Усунути частину проблем можна шляхом вироблення єдиних підходів до розуміння сутності тих чи інших правових категорій і понять. Успішність забезпечення сфери приватного життя від протиправного втручання в більшості своїй залежить від розуміння його змісту. Центральне місце тут посідає інформація приватного характеру як категорія, що об'єднує весь спектр окремих сфер дотичних до приватного життя сфер. Особливо актуальним це стає в контексті кримінально-правової охорони приватного життя людини, яка являє собою багатогранну сферу, до якої дотичні відносини, що, на перший погляд, не лежать в її площині, але також мають обмежений доступ – асоціюючись з поняттями «секрет» або «таємниця». Дослідження таємниці в межах кримінального права України й притаманних їй ознак, які дотичні до інформації приватного характеру, дозволить систематизувати й локалізувати проблемні питання. Це надасть можливість виявити законодавчі прогалини й запропонувати шляхи модернізації приписів.

Метою статті є дослідження значення та сутності таємниці в межах кримінального права України, аналіз спектру притаманних їй ознак у розрізі інформації приватного характеру й формування підходів до вдосконалення поняттєвого апарату й правового регулювання.

Аналіз досліджень і публікацій. На окремі аспекти сутності й ознак таємниці в межах кримінально-правової охорони приватного життя у своїх працях звертали увагу такі науковці: М.В. Анчукова, Ю.О. Гелич, С.Г. Гордієнко, С.Л. Ємельянов, Д.Ю. Кондратов, І.Б. Король, О.О. Кулініч, С.Я. Лихова, О.В. Негодченко, Л.А. Савченко, А.В. Троян, Н.В. Устименко й інші. Однак попри існування наукових розробок, що характеризують поняття таємниці, слід визнати недостатній рівень опрацювання саме інформаційного змісту приватного життя. У цьому сенсі поняття інформації приватного характеру являє особливу категорію, що об'єднує значний зріз відносин, який властивий певний рівень таємності. Тим самим стає можливим поглянути під новим кутом на актуальні питання кримінально-правової охорони приватного життя.

Виклад основного матеріалу. Приватне життя є невіддільною частиною життєдіяльності будь-якої людини й потребує охорони як із боку самої людини, так і з боку держави. Особливо актуальним це виглядає в умовах небувалого досі інформаційного буму. Уже нині розширення меж покриття мережі Інтернету й мобільного зв'язку набуло дивовижних масштабів і щорічно тільки примножується. Згідно з даними звіту Міжнародного союзу електров'язку, за підсумками 2019 року кількість користувачів інтернетом склала 4,1 млрд людей, або 53,6% від всього населення, що на 5,3% більше за аналогічний показник 2018 року, водночас 97% населення проживає в межах покриття мобільним зв'язком, а 93% – в межах покриття 3G [1, с. 1,8]. Це яскраво підтверджує безпрецедентну загальнодоступність до будь-якої інформації, значну частину якої складає саме приватна. Звісно, інформаційний бум, притаманний нашому століттю, підсилює потенційні ризики протиправного втручання в приватний інформаційний простір людини. Доцільно розглянути інформацію приватного характеру в розрізі поняття «таємниця» як дотичної категорії, що власне й покликана забезпечити інформацію від оточення. Аби оцінити вплив таємниці на інформаційний зміст приватного життя, необхідно зрозуміти поширеність цього поняття в межах законодавства. Натепер тільки чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК України) пря-

мо передбачає більше десятка різних таємниць. Однак з огляду на розгалуженість вітчизняного законодавства можна констатувати про кратно більшу їх кількість. Щоправда, із цього приводу серед науковців немає порозуміння. Так, О.В. Негодченко нараховує понад двадцять таємниць, лівова частина яких перебуває на стадії формування, що, на думку дослідника, негативно позначається на термінології [2, с. 53]. Інший науковець, О.Ю. Поліщук, знайшов згадку про понад тридцять видів таємниць, наявних у законодавстві [3, с. 224]. С.Г. Гордієнко нараховує 36 різновидів і 17 нормативно-правових актів, що декларують різного роду конфіденційну інформацію [4, с. 233]. Такі значні розбіжності в підрахунках умовно можна пояснити декількома моментами. По-перше, посилення на таємницю маються в значній частині нормативно-правових актів, що ускладнює їх пошук і підрахунок. По-друге, поряд із таємницею існує ряд дотичних понять, які не розмежовуються між собою, чим викликається певна невизначеність і плутанина. Ситуація неоднозначна й у тому сенсі, що, як доречно відзначають окремі автори, частина таємниць не має власної дефініції. Зміст останніх можна вивести лише після комплексного аналізу нормативно-правових актів.

Нині поняття таємниці по різному визначається в науковій літературі. У тлумачних словниках воно розкривається «як те, що приховується від інших, відоме не всім: секрет (Те, що не підлягає розголошенню)» [5, с. 1434]; «те, що не пізнане, не стало відомим або ще не доступне пізнанню» [6, с. 14]. Правники ж натомість ширше розкривають це поняття, наприклад, А.А. Фат'янова характеризує його як сферу об'єктивної реальності, приховану від сприйняття та розуміння [7, с. 241]. Останнє визначення розглядає таємницю під кутом правового й соціального явища, що справедливо з огляду на суспільне значення цього поняття. Однак використання категорії таємниці в межах галузі кримінального права й особливо інституту недоторканності приватного життя доцільно конкретизувати й деталізувати.

Слід наголосити, що спроби окреслити зміст таємниці на рівні доктрини були ще на початку двадцятого століття. Так, Л.Е. Владимиров визначав таємницю як «збереження в негласності обставини, розголошення якої принесло б більше шкоди, ніж користі» [8]. Таке визначення скоріше характеризує таємницю як соціальне явище, ніж правове. Водночас дослідник прив'язує таємницю лише до обставин, конкретних фактів, тим самим звужуючи сутність таємниці, яка, в його розумінні, слугує скоріше однією з перших цеглин в архітектурі будівництва відповідного інституту. На думку І.В. Смолькової, окреслене поняття радше несе моральне, ніж правове навантаження, являючи собою принцип інтересів людської куль-

тури [9, с. 12–13]. Така думка заслуговує на підтримку, адже доцільність розголошення інформації лежить у площині співвідношення оцінних понять, що нівелює саму сутність таємниці. У такому вигляді вказана дефініція скоріше придатна для вживання на рівні побутових міжособистісних відносин, ніж оперування нею на рівні закону.

Конкретніше сутність таємниці розкривається вже в розрізі приватного життя. Одні автори визначають таємницю як певного роду інформацію, розголошення (передача) якої може заподіяти шкоду інтересам її володаря [10, с. 10]. Аналогічну думку поділяють інші дослідники, наприклад, Л.О. Красавчикова [11, с. 119], В.А. Ватрас [12, с. 211] та інші. Проте таке формулювання виглядає сумнівним, тому що інформація не визнається априорі таємною, вона стає такою лише за певних умов. Порядок існування такої інформації вказує на загально або обмежену її доступність. Для того, щоб інформація стала таємною, необхідно, аби це було продиктовано відповідними актами чи волевиявленням власника (співвласників) такої інформації. У першому випадку така таємниця охороняється законом, а в другому – нормами моралі. Інше крило науковців відстоює позицію, згідно з якою поняття таємниці являє собою відповідний правовий режим. Так, М.В. Пермяков стверджує, що таємниця не є інформацією, а визначає саме правовий режим інформації [13, с. 83]. Окреслена позиція більш прийнятна, адже законодавство розглядає таємницю скоріше як певний стан існування інформації. Водночас сам зміст розглядається окремо. Як відзначають автори, важливе й те, що «таємниця» являє собою не тільки потужний правовий, але й соціальний інститут, виражаючи міру взаємовідносин особистості, суспільства й держави [14, с. 27]. Таке твердження виглядає справедливим з огляду на природне походження таємниці й притаманного людини бажання відгородити частину відомостей про себе від оточення. На цьому етапі вона має спільні риси зі сферою приватної життєдіяльності людини, адже обидві перебувають поза публічної площини. У цьому сенсі можна говорити, що таємниця вказує на певний режим існування та характеризує доступ до інформації, яка наповнює її змістом. Тобто поняття доповнюють один одного. У цьому сенсі можна констатувати, що самій інформації приватного характеру притаманні ознаки таємниці, але вона нею не є, адже не передбачає наявності будь-якого правового режиму.

Не можна обійти увагою і розмежування понять «таємниця» та «секрет», які часто отожднюють. Філолог Я.Ю. Боровик, досліджуючи лексеми «таємниця», «секрет» і «загадка», характеризує їх як ідеографічні синоніми, що передають відтінки одного й того самого поняття [15, с. 21–23]. Продовжуючи цю думку, справедливо погодитися

з твердженням І.В. Бондаря, на думку якого не доцільно змішувати категорії «таємниця» та «конфіденційна інформація», і навпаки, вчений отожднює такі поняття як «таємниця» «інформація з обмеженим доступом» і «секрет» [16, с. 13]. У цьому сенсі «інформація з обмеженим доступом» скоріше виступає сутністю таємниці, доступ до якої обмежений волею її власника або вимогою законодавчого припису.

Іншою подібною ситуацією є співвідношення між собою понять «таємниця» та «недоторканність», які насправді мають суттєві відмінності. Так, «недоторканність» за своїм змістом характеризує неможливість втручання в життєдіяльність людини без законних на те підстав. Фактично деталізуючи відповідний режим доступу до інформації, а не режим її існування, останнє своєю чергою вже лягає в площину поняття «таємниця». Тому використання окреслених понять у тотожному сенсі буде не доцільним. Обидві категорії існують незалежно одна від одної, але водночас спільно забезпечують функціонування інституту недоторканності приватного життя. Варто зупинити увагу також на зарубіжному понятті «privacy», найбільш прийнятним вітчизняним перекладом якого є слово «приватність». В.О. Сєрьогін визначив, що: «прайвесі – це особлива правова категорія в англо-американській системі, яка означає таємницю та недоторканність приватного життя, інтимну сферу людини» [17]. Окреслена категорія являє собою свого роду симбіоз рівно важливих понять, тим самим підтверджуючи неможливість незаконного втручання в приватне життя з боку інших осіб або держави.

У науковій спільноті традиційно виділяють чотири аспекти приватності:

- інформаційна приватність, що містить правила збору й обігу інформації про приватне життя;
- тілесна приватність, що стосується захисту від втручання у фізичний простір людини;
- комунікаційна приватність, що характеризує питання кореспонденції, телефонних розмов та інших видів комунікацій;
- територіальна приватність, що стосується встановлення обмежень на втручання в домашнє чи інше середовище [18, с. 7].

Окреслена класифікація має велике значення, адже слугує орієнтиром для виявлення окремих аспектів приватного життя людини. Крім того, можна зробити висновок про наявність відмінностей між поняттями «приватність» і вітчизняним «приватне життя». Перше містить у собі більш розширений перелік сфер, приналежних охороні. Разом із тим поняття «правеїсі» одразу передбачає статус існування та процедуру доступу до інформації про приватне життя, де окрім самого її змісту презюмується таємність і неприпустимість розголошення. У сукупності це створює єдиний

правовий механізм, натомість у вітчизняному законодавстві це скоріше паралельні процеси.

У контексті приватного життя поняття таємниці ще ширше розглядає професор І.Л. Петрухін. Він визначив право на приватне життя людини як сукупність гарантованих таємниць, серед яких варто розрізняти таємниці особисті й професійні. Останні своєю чергою похідні від особистих [19, с. 15]. До такого висновку можна прийти з огляду на аналіз змісту професійних таємниць, які власне й складають інформацію приватного характеру в тій чи іншій сфері приватного життя людини. Досить часто поряд із поняттям професійної таємниці вживають службову таємницю, але таке твердження помилкове. Адже останні мають суттєві відмінності як за наявністю особи, наділеної владними повноваженнями (посадові особи державних органів та органів місцевого самоврядування), так і за змістовим наповненням. Щодо останнього фігурує інформація в найважливіших сферах життєдіяльності суспільства й держави, що не входять до державної таємниці, але не підлягають розголошенню. Деякі автори окреслені відомості умовно називають «маленькою державною таємницею» [20, с. 39]. Інші дослідники, продовжуючи таку думку вважають за необхідне закріпити це поняття на рівні закону [21]. З огляду на дискусійний характер окреслених думок слід визнати, що службова таємниця суттєво відрізняється від професійної та тяжіє саме до державної.

Нині охорона окремих сфер приватного життя покладається на комплекс норм, зокрема передбачених ст. ст. 132, 145, 163, 168, 182 КК України й іншими. Основний масив цих приписів розміщений у межах розділу V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини й громадянина» КК України. Окремо зупинимося лише на ст. 182 «Порушення недоторканності приватного життя» КК України. Щодо цього слід визнати дещо невдале формулювання цієї статті, яке потребує деталізації та чіткого відмежування від суміжних злочинів. Інший момент вбачається в притаманному вітчизняному законодавству й доктрині ототожненню понять «особисте життя» та «приватне життя», які насправді співвідносяться між собою як частина й ціле, змістом яких є інформація приватного характеру. Останнє виступає родовим поняттям, об'єднуючи відомості щодо різних аспектів приватної життєдіяльності людини. У цьому сенсі поняття «таємниця приватного життя» до якого апелюють окремі науковці, зокрема О.О. Кулініч [22, с. 94]. Окреслене не повною мірою виглядає коректним, адже автори таку таємницю асоціюють лише зі ст. 182 КК України, тим самим залишаючи без уваги інші сфери приватного життя людини, передбачені рядом інших статей кодексу. Тому важливо оперувати категорією, здатною об'єднати всі охоронювані

права у сфері недоторканності приватного життя під егідою одного поняття, такого як «інформація приватного характеру з ознаками таємниці», що, з одного боку, визначає зміст приватного життя, а з іншого, – характеризує певний обмежений доступ до себе.

Висновки. Підсумовуючи викладене, варто відзначити, що таємниця є важливим і досить розповсюдженим правовим інститутом у межах вітчизняного законодавства. Утім, далеко не всі моменти приватного життя можна трактувати виключно з позиції таємниці. Адже остання, з огляду на її розкриття в межах закону, є скоріше маркером, що визначає певний правовий режим. Саме приватне життя – це насамперед сукупність певної інформації щодо неопублічної життєдіяльності особи, доступ до якої не бажаний. У цьому значенні така інформація має окремі ознаки, притаманні таємниці, але нею в прямому сенсі не є. Тим самим зміст приватного життя не можливо зводити тільки до поняття таємниці або інформації. Необхідне вироблення нових підходів до закону й доктрини, які будуть відповідати на сучасні запити. Адже чинний нині КК України з моменту свого прийняття майже не переглядався, а норми, відповідальні за охорону сфер приватного життя особи, вже очевидно потребують осучаснення. Саме тому оперування в межах категорії приватного життя поняттям «інформація приватного характеру з ознаками» дозволить об'єднати весь інформаційний спектр неопублічного життя особи в один правовий інститут. Це сприятиме спрощенню правого регулювання та точніше розкриє зміст приватного життя особи як особливого виду інформації, якому притаманні ознаки таємниці.

Варто визнати й необхідність перегляду певних положень КК України. Особливо це стосується приписів, що забезпечують охорону окремих сфер приватного життя. Насамперед це стосується наявної редакції ст. 182 КК України через конкретизацію кола охоронюваних нею відносин. Це додасть правової визначеності й усуне наявну конкуренцію між окремими нормами. Проведення такого комплексу заходів сприятиме створенню та функціонуванню ефективного правового механізму протидії незаконному втручанню в різні сфери приватного життя людини.

Література

1. Measuring digital development Facts and figures 2019. International Telecommunication Union. Geneva. 2019. P. 15. URL: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2019.pdf>.
2. Негодченко О.В. Інформація з обмеженим доступом в процесі взаємодії суб'єктів владних повноважень та громадських об'єднань. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 48–57. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2013_1_10.

3. Поліщук О.Ю. Поняття та ознаки інформації з обмеженим доступом. *Молодь у юридичній науці : збірник тез доповідей міжнародної наукової конференції молодих вчених «Треті осінні юридичні читання»*. Хмельницький : В-во ХУУП, 2004. С. 224–226.

4. Гордієнко С.Г. Конфіденційна інформація та «таємниці»: їх співвідношення. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 4. С. 233–238. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkur_2013_4_57.

5. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ – Ірпінь : Перун, «ВТФ», 2005. 1728 с.

6. Словник української мови : в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства ; за ред. І.К. Білодіда. Київ : Наукова думка, 1970–1980. Т. 10 : Т – Ф. 1979. 658 с.

7. Фат'янова А.А. Тайна как социальное и правовое явление. Ее виды. *Государство и право*. 1998. № 6. С. 241.

8. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Санкт-Петербург : Изд-е книжн. магазина Законоведение, 1910. 304 с.

9. Смолькова И.В. Проблемы охраняемой законом тайны в уголовном процессе : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Иркутск, 1998. 404 с.

10. Устименко Н.В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 ; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. Харків, 2001. 20 с.

11. Красавчикова Л.О. Личная жизнь граждан под охраной закона. Москва : Юрид. лит., 1983. 160 с.

12. Ватрас В.А. До питання про поняття сімейних правовідносин. *Держава і право*. Вип. 23. Київ, 2004. С. 371.

13. Пермьяков М.В. Категория «тайна» в системе правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Екатеринбург, 2006. 234 с.

14. Головкин Р.Б. Правовое и моральное регулирование частной жизни в современной России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Нижний Новгород, 2005. 57 с.

15. Боровик Я.Ю. Синонімічний аспект вербалізації концепту «таємниця» в українській лінгвокультурі. *Наукові записки Національного університету «Острозька академія». Серія «Філологічна»*. 2012. Вип. 24. С. 21–23. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nznuoaf_2012_24_9.

16. Бондарь И.В. Тайна по российскому законодательству (проблемы теории и практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Нижний Новгород, 2004. 27 с.

17. Серьогш В.О. Прайвесі як право бути залишеним у спокої. *Радник* : український юридичний портал. URL: <http://radnik.info/statti/249-tiorua-gov/14799---l---r.html> (дата звернення: 20.09.2020).

18. Privacy and Human Rights: An International Survey of Privacy Laws and Developments. Global Internet Liberty Campaign, 1998. P. 7.

19. Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть). Москва : Изд-во ИГиП РАН, 1998. 232 с.

20. Скулиш Є.Д. Охоронювана інформація в кримінальному процесі. *Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні* : науково-технічний збірник. 2009. Вип. 1 (18). С. 35–43. URL: <https://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/9762/3/10.pdf>.

21. Турченяк О.М., Тугарова О.К. Сучасний стан національної системи захисту інформації з обмеженим доступом. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука»*. 2019. № 3. URL: <https://www.inter-nauka.com/uploads/public/15523260165156.pdf>.

22. Кулініч О.О. Таємниця приватного життя як виду інформації з обмеженим доступом. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 31. С. 92–97.

Анотація

Хлопов А. О. Поняття та ознаки таємниці у кримінальному праві України в розрізі інформації приватного характеру. – Стаття.

У статті досліджується сутність поняття таємниці й притаманних їй ознак у кримінальному праві України в розрізі інформації приватного характеру. Розглядаються погляди науковців щодо розуміння таємниці й співвідношення різних її видів між собою. Аналізується правова природа інформації приватного характеру крізь властиві таємниці ознаки. Пропонується вироблення єдиних правових підходів, здатних спростити правове регулювання кримінально-правової охорони приватного життя та окремих її сфер.

Розглядаються різні аспекти приватної життєдіяльності людини, що підпадають під охорону з боку кримінально-правових норм. У цьому сенсі вивчено ряд дотичних до приватного життя понять, що розкривають зміст та окремі його аспекти. Пропонуються шляхи вдосконалення наявного натеper поняттєвого апарату. Детально аналізуються наукові погляди й етимологія поняття таємниці, особливо в контексті приватного життя, з урахуванням наявних законодавчих підходів. Підтверджується незадовільний стан справ у сфері правового регулювання та існування стійкого запиту на модернізацію значного масиву законодавства. Насамперед це стосується Кримінального кодексу України, адже після його прийняття норми, відповідальні за охорону окремих аспектів приватного життя, майже не переглядалися. Це дозволяє сумніватися в можливості цих приписів ефективно відповідати на сучасні суспільні виклики. Особливо в умовах швидкого розвитку суспільних відносин та інформаційного буму двадцять першого століття, чим створюються додаткові ризики протиправного використання будь-яких відомостей, у тому числі приватного характеру.

У висновку підтверджується переконливість думки, що забезпечення охорони різних аспектів приватного життя не може зводитися лише до однієї статті кодексу. Окреслена категорія є більш багатогранною з великою кількістю дотичних до неї сфер життя. У підсумку констатується, що інформація приватного характеру має ознаки таємниці, але нею не є. Водночас вона найбільш спроможна консолідувати всі сфери приватного життя в межах одного правового інституту, сприяючи його осучасненню.

Ключові слова: таємниця, інформація, інформація приватного характеру, інформація з обмеженим доступом, приватність, приватне життя.

Summary

Khlopov A. O. The concept and signs of secrecy in the criminal law of Ukraine in the context information of private character. – Article.

The article examines the essence of the concept of secrecy and its inherent features in the criminal law of Ukraine in the context of information of private character. The views of scientists to the understanding of secrets and the relationship of its various types to each other are considered. The legal nature of information of private character is analyzed through the characteristics of a secret. It is proposed to develop unified legal approaches that can simplify the legal regulation of criminal legal protection of private life and its individual spheres.

Separately, various aspects of the private life of a person are considered that are protected by criminal law. In this sense, a number of concepts related to private life have been studied, revealing the content and its individual aspects. The ways of improving the existing conceptual apparatus are proposed. Scientific views and etymology of the concept of secrecy are analyzed in detail, especially in the context of private life, taking into account the existing legislative approaches. The unsatisfactory state of affairs in the field of legal regulation and the existence of a stable demand for the modernization of a significant body of legislation are confirmed. First of all, this concerns the Criminal Code of Ukraine, because after the adoption of the norm, those responsible for the protection of certain aspects of private life were hardly revised. This raises doubts about the possibility of these regulations to effectively respond to modern social challenges. Especially in the context of the rapid development of public relations and the information boom of the twenty-first century, which creates additional risks of unlawful use of any information, including of a private nature.

The conclusion confirms the persuasiveness of the idea that ensuring the protection of various aspects of private life cannot be reduced to just one article of the code. The designated category is more multifaceted with a large number of spheres of life tangent to it. As a result, it is stated that information of private character has signs of a secret, but it is not. Moreover, it is most capable of consolidating all spheres of private life within one legal institution, contributing to its modernization.

Key words: secret, information, information of private character, information with limited access, privacy, private life.

УДК 343.71
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.630>

С. М. Школа
orcid.org/0000-0003-0403-5916
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

СУБ'ЄКТ ПРИВЛАСНЕННЯ, РОЗТРАТИ АБО ЗАВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ ШЛЯХОМ ЗЛОВЖИВАННЯ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ СВОЇМ СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ

Постановка проблеми. Враховуючи, що посягання на власність стали об'єктом кримінально-правової регламентації ще з часів дії законів царя Хамурапі, цей інститут належить до найбільш досліджених у теорії кримінального права. Однак це не означає, що всі проблемні питання кримінально-правової охорони власності розв'язані односпайно й остаточно. Ч. 2 ст. 191 Кримінального кодексу (далі – КК) України передбачає відповідальність за привласнення, розтрату або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. У теорії та практиці застосування цієї норми існують проблемні питання щодо визначення ознак суб'єкта вказаного діяння, співвідношення понять «службова» й «посадова» особа, обґрунтованості віднесення цього діяння до переліку корупційних кримінальних правопорушень, спірним є й віднесення до числа службових осіб тих або інших категорій службовців (лікарів, учителів, викладачів вищих навчальних закладів). Необхідність дослідження цих питань зумовлена тим, що за останні роки відбулися значні зміни в соціальному й економічному житті країни, які привели до зміни характеру кримінальних правопорушень, вчинюваних службовими особами, появи ряду проблем, що не знаходять цілком свого розв'язання в законодавстві й у науковій теорії.

Питання кваліфікації кримінальних правопорушень проти власності корисливої спрямованості, в тому числі й привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, досліджувались, зокрема, В.О. Бажановим, Л.Д. Гаухманом, Г.А. Кригером, Г.Л. Кригер, Ю.І. Ляпуновим, П.С. Матишевським, А.О. Пінаєвим, А.А. Піонтковським та іншими вченими.

Метою дослідження є визначення ознак суб'єкта привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем з урахуванням сучасної теорії та практики застосування ч. 2 ст. 191 КК України.

Радянським кримінальним законодавством і КК України 1960 р. посадова особа визначалась як особа, яка здійснювала постійно чи тимчасово

функції представника влади, а також обіймала постійно чи тимчасово в державних або громадських установах, організаціях чи на підприємствах посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, чи виконувала такі обов'язки в зазначених установах, організаціях і на підприємствах за спеціальним повноваженням [1, с. 6–7]. Частково схоже визначення службової особи відбито й у чинному КК України. Службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом (ч. 3 ст. 18 КК) [2].

Водночас у ч. 4 ст. 18 КК України зазначено, що службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, в тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені розв'язувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, й судді й посадові особи міжнародних судів [2].

Поняття службової особи, яке міститься в ч. 3 ст. 18 КК України, за своїми ознаками схоже

з поняттям посадової особи, яке містилось у КК України 1960 р. (ч. 1 ст. 164).

Паралельне закріплення в законодавстві двох понять без їхнього належного тлумачення та розмежування створювало труднощі в правозастосовній практиці. Визначення поняття «посадова особа», яке давалося Законом України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р., з кримінально-правовим тлумаченням цього терміну не збіглося, бо охоплювало тільки осіб органів державної влади й місцевого самоврядування, а КК України 1960 р. вів мову про посадових осіб усіх підприємств, установ та організацій [3].

Чинний Закон України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. також не дає поняття «службова особа», а використовує «посадова особа». Разом із тим цей Закон у ч. 2 ст. 1 дає визначення іншого поняття – «державний службовець», яким є громадянин України, який обіймає посаду державної служби в органі державної влади, іншому державному органі, його апараті (секретаріаті) (далі – державний орган), одержує заробітну плату з коштів державного бюджету й здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій такого державного органу, а також дотримується принципів державної служби [4].

Проблемне питання застосованої в законодавстві термінології та тлумачення юридичних визначень «посадова особа» й «службова особа» ускладнилося з прийняттям Конституції України, яка визначила, що посадові й службові особи – це різні категорії суб'єктів, із різним правовим статусом і різною юридичною відповідальністю. Спеціалісти зазначали, що службовцями є всі працівники державних установ, але не всі вони – посадові особи. Тобто кримінально-правове поняття «службова особа» суперечить положенням Конституції України, адже в ст. 19 визначено, що органи державної влади й місцевого самоврядування, їх посадові особи повинні діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Цим аргументується необхідність заміни в КК України терміну «службова особа» на «посадова особа». Наведена думка заслуговує на увагу, однак нею не охоплюються службові особи за межами сектора державного управління, місцевого самоврядування, адже й Конституція України, й чинний Закон України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. не ведуть мови про службових осіб приватних підприємств, громадських організацій [3].

На наш погляд, розмежування понять службової та посадової осіб слід шукати в розрізі предмета регулювання (охорони) тієї чи іншої галузі права. Так, адміністративне право регулює суспільні відносини в діяльності органів державної влади. Тому для цілей такого регулювання законодав-

цем використовуються поняття «посадова особа» й «державний службовець», передбачені Законом України «Про державну службу». Кримінальне ж право охороняє суспільні відносини, на які здатна вчинити посягання особа, ознаки якої законодавець визначив у понятті «службова особа», передбаченому КК України.

Саме тому це принципово різні поняття, оскільки їхнє призначення зумовлене предметом регулювання (охорони) тієї галузі права, до сфери якої вони належать.

У ч. 2 ст. 191 КК України така додаткова ознака суб'єкта кримінального правопорушення, як «службова особа» пов'язана з можливістю такої особи використовувати службове становище під час вчинення привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном. Водночас мається на увазі наявність у службової особи регламентованого законодавством переліку повноважень (прав та обов'язків), які надають можливості чинити вплив на прийняття тих чи інших рішень в тій юридичній особі, де вона працює.

Можливість службової особи чинити вказаний вплив не обмежується лише наявним у неї правовим статусом, зумовленим законодавством. Завдяки займаній посаді службова особа користується певним авторитетом серед підлеглих осіб та інших працівників, який надає можливості діяти не тільки в межах нормативно закріплених повноважень, а й виходити за них.

Так, наприклад, К., працюючи на посаді директора Бережницької середньої загальноосвітньої школи 1–3 ступенів Жидачівського району Львівської області, виконуючи відповідні адміністративно-господарські й організаційно-розпорядчі обов'язки, будучи службовою особою, умисно, шляхом зловживання своїм службовим становищем, вчинив розтрату бюджетних коштів, а саме складав табелі обліку робочого часу педагогічного персоналу Бережницької сільської ради в період часу з 09 вересня 2012 р. по 09 травня 2013 р., в яких вказав, що керівник гуртка В. проводила гурткову роботу по одній годині в тиждень, незважаючи на те, що фактично В. на роботу в ці місяці не приходила й занять з учнями в гуртку «Хореографічний» не проводила. Табелі обліку робочого часу передавав бухгалтеру відділу освіти Жидачівської районної державної адміністрації Н. для нарахування зарплати В. Внаслідок вказаних дій К., зловживаючи своїм службовим становищем, вчинив розтрату бюджетних коштів на загальну суму 1312 грн 80 коп., з яких проведено нарахування на заробітну плату й перераховано внесків до державних цільових фондів на суму 349 грн 63 коп. [5].

Оскільки підприємства, установи й організації можуть бути різних форм власності, виникає питання щодо можливості визнання спеціальним суб'єктом (службовою особою) кримінального

правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, власника приватного підприємства.

Існує думка, що такого власника, який не має найманих працівників, не можна визнавати службовою особою, оскільки функціями службової особи не може охоплюватися керівництво самим собою чи своїм власним майном. Проте реєстрація в державних органах, обов'язкове ведення обліку й звітності господарської діяльності вказують на створення юридичної особи. Оскільки суб'єкт самостійно розпоряджається своїм майном, фінансами, укладає угоди, підписує звітні й фінансові документи, він виконує адміністративно-господарські й організаційно-розпорядчі функції та є службовою особою відповідно до її кримінально-правового визначення. Адже для кваліфікації кримінального правопорушення визначальне значення мають не назва посади, не форма власності установи (організації, підприємства), а характер обов'язків, які виконує особа по службі. Власник юридичної особи керує не собою, а саме цією юридичною особою. Тобто визначальне тут те, що власник приватного підприємства може шляхом хай досить формального здійснення розпорядчих обов'язків породжувати за їхньою допомогою специфічні правові наслідки [3].

Ми погоджуємось із наведеною думкою, згідно з якою для визнання власника приватного підприємства службовою особою обов'язковою ознакою є не наявність у нього підлеглих осіб і виконання організаційно-розпорядчих функцій щодо них, а можливість такого власника вчиняти дії, які визнаються юридичними фактами на підставі чинного законодавства та які за своєю компетенцією може вчинити лише службова особа.

Також хотілося б звернути увагу на неоднозначне вживання в різних складах кримінальних правопорушень поняття службової особи: «службова особа підприємства, установи, організації незалежно від форми власності», «службова особа підприємства, установи чи організації», «службова особа суб'єкта господарської діяльності» [6, с. 300–301]. На наш погляд, термінологія закону повинна бути уніфікованою, тому доцільно привести наведені поняття до єдиної форми.

Для вірного встановлення ознак службової особи, правильної кваліфікації кримінального правопорушення необхідно чітко визначити правовий статус особи, яка притягується до відповідальності, коло її повноважень і характер покладених на неї обов'язків. Дотримання цієї умови можливе лише в разі встановлення нормативного акту, який визначає зазначені повноваження та обов'язки. Невизначеність у вироках судів вказаних нормативних актів свідчить про недоведеність вини особи в привласненні, розтраті або заволодінні чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Так, Тростянецьким районним судом Вінницької області притягнуто до кримінальної відповідальності Л., яка, працюючи на посаді головного бухгалтера Цибулівської сільської ради, будучи матеріально-відповідальною особою та особою, відповідальною за правильність ведення бухгалтерського обліку в сільській раді, у 2006 р., зловживаючи своїм службовим становищем, не маючи відповідного розпорядження голови Цибулівської сільської ради, провела зайве нарахування надбавки до заробітної плати працівників апарату сільської ради в сумі 3 456 грн 75 коп., чим здійснила розтрату бюджетних коштів [7].

У такому випадку вироком суду не встановлені нормативні акти, які б визначали повноваження Л. щодо ведення бухгалтерського обліку в сільській раді, що надало їй можливості здійснити розтрату бюджетних коштів, а тому її вини у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, не можна назвати доведеною.

У слідчій і судовій практиці виникають питання щодо кваліфікації дій службових осіб, які в процесі заволодіння чужим майном не використовують своїх службових повноважень, проте чинять вплив на інших службових осіб і завдяки цьому заволодівають вказаним майном.

Так, наприклад, В., працюючи керівником Теплицького відділення кредитної спілки «Альянс Україна» й згідно з посадовою інструкцією будучи наділеною повноваженнями щодо укладання кредитних договорів, додаткових угод, договорів застави, договорів поруки, видачі кредитних коштів клієнтам та отримання від них плати за кредити й суми кредитів, тобто здійснюючи організаційно-розпорядчі повноваження, будучи службовою особою та, згідно з договором про повну матеріальну відповідальність від 10 грудня 2007 р., матеріально-відповідальною особою, протягом 2008 р. вчинила розтрату ввірених їй кредитною спілкою грошових коштів в інтересах третіх осіб.

Так, 21 січня 2008 р. В., зловживаючи своїм службовим становищем, умисно, на вмовляння та за сприяння заступника керівника Теплицького відділення кредитної спілки «Альянс Україна» К., із метою розтрати ввірених їй кредитною спілкою грошових коштів на користь К. здійснила оформлення договору кредиту за № 011-08 Ктл від 21 січня 2008 р. на суму 4 600 грн на ім'я З., яка фактично не була позичальником за вказаним договором кредиту. У відповідних документах кредитної справи, імітуючи підпис З., поставила підпис К., якій В. згідно з видатковим касовим ордером від 21 січня 2008 р. видала грошові кошти в сумі 4 600 грн, чим було завдано матеріальної шкоди на вказану суму кредитній спілці «Альянс Україна». К. надалі використала кошти на свої потреби [8].

Дії заступника керівника Теплицького відділення кредитної спілки «Альянс Україна» К., яка є службовою особою, в наведеному прикладі слід кваліфікувати за ч. 5 ст. 27 і ч. 2 ст. 191 КК України як пособника в розтраті чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем згідно з приміткою до ст. 45 КК України визнається корупційним кримінальним правопорушенням. Водночас суб'єктом цього правопорушення згідно зі ст. 18 КК України виступають як службові особи, визначення яких надається в ч. 3 цієї статті, так і посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, в тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені розв'язувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій (працівники міжнародної організації чи будь-які інші особи, уповноважені такою організацією діяти від її імені), а також члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, й судді й посадові особи міжнародних судів (ч. 4 ст. 18 КК України)).

Таке визначення суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, не відповідає визначенню суб'єктів, на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. (відповідно до ч. 3 цього Закону) [9].

Вважаємо, що для унеможливлення неоднозначного застосування кримінального й іншого законодавства України у сфері запобігання корупції доцільно узгодити термінологію, яка використовується в різних нормативно-правових актах, зокрема в частині визначення суб'єктів корупційних правопорушень.

Висновки. Таким чином, у ч. 2 ст. 191 КК України така додаткова ознака суб'єкта кримінального правопорушення, як «службова особа», пов'язана з можливістю такої особи використовувати службове становище під час вчинення привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном. Водночас мається на увазі наявність у службової особи регламентованого законодавством переліку повноважень (прав та обов'язків), які надають можливості чинити вплив на прийняття тих чи інших рішень в тій юридичній особі, де вона працює.

Для визнання власника приватного підприємства службовою особою обов'язковою ознакою є наявність у нього підлеглих осіб і виконання орга-

нізаційно-розпорядчих функцій щодо них, а можливість такого власника вчиняти дії, які визнаються юридичними фактами на підставі чинного законодавства та які за своєю компетенцією може вчинити лише службова особа.

Також доцільним буде узгодження законодавчих визначень суб'єктів корупційних правопорушень, передбачених Законом України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р., із законодавчим визначенням суб'єкта корупційного кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України.

Література

1. Бантишев О.Ф. Злочини у сфері службової діяльності (питання кваліфікації) : навчальний посібник. Київ, 2002. 127 с.
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 15.10.2020).
3. Чернікова Р.О. Види та функції службових осіб за чинним кримінальним кодексом України. *Allbest* : електронна база знань. URL: https://knowledge.allbest.ru/law/2c0a65625b3bd68a4c43b89521316c26_0.html (дата звернення: 15.10.2020).
4. Про державну службу : Закон України від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19> (дата звернення: 15.10.2020).
5. Кримінальна справа № 443/640/14-к. *Архів Жидачівського районного суду Львівської області*.
6. Гуророва Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України : монографія. Харків, 2001. 412 с.
7. Кримінальна справа № 1-192. *Архів Тростянецького районного суду Вінницької області*.
8. Кримінальна справа № 1-34/11. *Архів Теплицького районного суду Вінницької області*.
9. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 15.10.2020).

Анотація

Школа С. М. Суб'єкт привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. – Стаття.

У статті досліджуються ознаки суб'єкта привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Поняття службової особи, яке міститься в ч. 3 ст. 18 Кримінального Кодексу України, за своїми ознаками схоже з поняттям посадової особи, яке містилось у Кримінальному Кодексі України 1960 р. Закон України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. не дає поняття «службова особа», а використовує поняття «посадова особа». Паралельне закріплення в законодавстві двох понять без їхнього належного тлумачення та розмежування створює труднощі в правозастосовній практиці. Розмежування понять службової та посадової осіб слід шукати в розрізі предмета регулювання (охорони) тієї чи іншої галузі права. Це принципово різні поняття, оскільки їхнє призначення зумовлене предметом регулювання (охорони) тієї галузі права,

до сфери якої вони належать. У ч. 2 ст. 191 Кримінального Кодексу України така додаткова ознака суб'єкта кримінального правопорушення, як «службова особа» пов'язана з можливістю такої особи використовувати службове становище в разі вчинення привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном.

Для визнання власника приватного підприємства службовою особою обов'язковою ознакою є не наявність у нього підлеглих осіб і виконання організаційно-розпорядчих функцій щодо них, а можливість такого власника вчиняти дії, які визнаються юридичними фактами на підставі чинного законодавства та які за своєю компетенцією може вчинити лише службова особа.

Для вірного встановлення ознак службової особи необхідно чітко визначити правовий статус особи, яка притягується до відповідальності, коло її повноважень і характер покладених на неї обов'язків. Дотримання цієї умови можливе лише в разі встановлення нормативного акту, який визначає зазначені повноваження та обов'язки.

Визначення суб'єкта корупційного кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 191 Кримінального Кодексу України, не відповідає визначенню суб'єктів, на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII.

Ключові слова: суб'єкт кримінального правопорушення, привласнення, розтрата, заволодіння чужим майном, службова особа, зловживання службовим становищем.

Summary

Shkola S. M. Subject of appropriation, embezzlement or possession of other people's property by abuse of service person by his official position. – Article.

The article examines the signs of the subject of appropriation, embezzlement or possession of other people's property by abuse of service person by his official position. The concept of a service person contained in Part 3 of Art. 18 of the Criminal Code of Ukraine, on its

own grounds, is similar to the concept of a post person contained in the Criminal Code of Ukraine in 1960. The Law of Ukraine "About Civil Service" of December 10, 2015 does not give the concept of "service person", but uses "post person". Parallel consolidation of two concepts in the legislation without their proper interpretation and distinction creates difficulties in law enforcement practice. The distinction between service person and post person should be sought in terms of the subject of regulation (protection) of a particular area of law. These are fundamentally different concepts, since their purpose is due to the subject of regulation (protection) of the field of law to which they relate. In Part 2 of Art. 191 of the Criminal Code of Ukraine such an additional feature of the subject of a criminal offence as a "service person" is connected with the possibility of such a person to use official position when committing appropriation, embezzlement or possession of other people's property.

To recognize the owner of a private enterprise as a service person, the obligatory feature is not the presence of subordinates and the performance of organizational and regulatory functions against them, but the ability of such owner to take actions that are recognized by legal facts on the basis of the current legislation and which only a service person can do by his competence.

For the correct establishment of signs of a service person, it is necessary to clearly define the legal status of the person who is brought to justice, the range of his powers and the nature of the duties assigned to him / her. Compliance with this condition is possible only if a normative act is established, which defines these powers and obligations.

Determination of the subject of corruption criminal offence stipulated by Part 2 of Art. 191 of the Criminal Code of Ukraine, does not meet the definition of subjects covered by the Law of Ukraine "About Prevention of Corruption" of October 14, 2014.

Key words: subject of criminal offense, appropriation, embezzlement, possession of other people's property, service person, abuse by official position.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.98

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.631>**В. В. Арешонков***orcid.org/0000-0003-1776-1220**кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
провідний науковий співробітник наукової лабораторії**з проблем протидії злочинності**Навчально-наукового інституту № 1
Національної академії внутрішніх справ*

ДО ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДНИКА ТЕХНОЛОГІЇ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

Постановка проблеми. Тематику суб'єктів проведеного техніко-криміналістичних досліджень, окрім власне теоретичного складника (поняття, ознаки, різновиди тощо), необхідно також розглянути через призму завдань криміналістики щодо розроблення науково обґрунтованих рекомендацій з підвищення ефективності процесу збирання, дослідження і використання доказів.

З огляду на практичну роз'єднаність суб'єктів доекспертних та експертних техніко-криміналістичних досліджень необхідно розглянути питання про можливу уніфікацію вказаних суб'єктів, їх об'єднання загальною метою та єдиною технологією. Актуальність зазначеного виходить із того, що, на наше переконання, пошук об'єктів, їх огляд, попереднє та експертне дослідження разом як раз і складають єдину технологію отримання криміналістично-значущої інформації.

Аналіз останніх джерел і публікацій. Різними аспектами проблематики, пов'язаної з суб'єктами криміналістичних досліджень, у різні часи займалися Р.С. Белкін, А.І. Вінберг, В.О. Волинський, І.О. Ієрусалимов, А.В. Іщенко, В.Г. Коломацький, І.М. Лузгін, Н.П. Майліс, І.В. Пиріг, В.А. Снетков, Н.В. Терзієв, Н.М. Ткаченко, В.Ю Шепітько, О.О. Юхно, В.В. Юсупов та інші. Проте, оскільки техніко-криміналістичні дослідження як цілісна технологія авторами не розглядалась, окремі питання суб'єктів таких досліджень залишилися не достатньо вивченими.

Мета дослідження. З огляду на зазначене вище метою статті є з'ясування проблематики, пов'язаної з суб'єктами техніко-криміналістичних досліджень, яка негативно впливає на ефективність досліджень цієї категорії, та розробка пропозицій щодо усунення наявних недоліків.

Виклад основного матеріалу. Технологія (від грец. – ремесло, майстерність, вчення, наука)

згідно з визначенням Великого тлумачного словника сучасної української мови – це сукупність знань, відомостей про послідовність окремих технологічних операцій, або ж сукупність способів обробки чи переробки матеріалів, проведення різних виробничих операцій [1, с. 1245]. Звичайно, що вплив технологій на результати виробництва загалом, безумовно, виходить за межі предмету криміналістичної науки, а тому детально не розглядається нами у статті.

Разом із тим будь-яка технологія передбачає наявність таких елементів, як: технологічний об'єкт; технологічні засоби; носій (суб'єкт) технологічних функцій; рівень технологічного розвитку [2].

Порівнюючи визначення та елементи технології із запропонованим нами визначенням техніко-криміналістичних досліджень та наявними ознаками суб'єкта, можна дійти висновку про певне співпадіння наукових категорій між собою. Так, у виді технологічного об'єкту можна уявити об'єкт техніко-криміналістичного дослідження; під технологічними засобами – засоби криміналістичної техніки; носієм технологічних функцій у досліджуваному випадку є суб'єкт техніко-криміналістичних досліджень; а рівень технологічного розвитку визначатиметься наявністю спеціальних криміналістичних знань та вмінь користуватися засобами криміналістичної техніки.

Звернення до технологічного підходу зумовлене необхідністю оптимізації діяльності суб'єкта техніко-криміналістичного дослідження у процесі досудового розслідування, змістом якої повинна стати відповідна технологія проведення техніко-криміналістичного дослідження як підхід (основна ідея), застосування якого підвищить ефективність та якість використання спеціальних криміналістичних знань та техніко-криміналістичних засобів.

Так, А.А. Патик вказує, що зазвичай на злочини виїжджають інспектори-криміналісти Національної поліції України, що не мають права проводити судові експертизи об'єктів, які вони вилучили під час огляду місця події. Наслідком цього є значна кількість недбало зібраних матеріалів (зразків, об'єктів), оскільки інспектору не доведеться з ними працювати, адже на цьому його роботу завершено, а експертизу проводитиме судовий експерт Експертної служби (звісно, якщо слід виявиться придатним для дослідження) [3, с. 139].

На продовження вказаного слід навести дані дослідження С.М. Лозової та А.О. Лозового, згідно з яким 55% відбитків пальців і долоней рук, направлених на дактилоскопічну експертизу, виявляються непридатними для ідентифікації [4, с. 145].

Тобто більше половини слідів, вилучених у процесі огляду місця події та інших невербальних слідчих (розшукових) дій, знищені, зіпсовані чи спотворені стороною обвинувачення під час проведення доекспертних підвидів техніко-криміналістичних досліджень. Такі результати, на наш погляд, є вкрай незадовільними і потребують негайного втручання.

У разі розгляду техніко-криміналістичного дослідження як єдиного технологічного процесу від моменту пошуку об'єкта до завершення експертизи розробка дієвої технології діяльності суб'єкта можлива шляхом надання рекомендацій щодо усунення проблем, виявлених у результаті аналізу законодавства, судово-слідчої та судово-експертної практики.

У менеджменті якості усталеною є практика застосування Hazard Analysis and Critical Control Point (далі – НАССР) – методу аналізу ризиків та визначення критичних контрольних точок. Останні визначаються як етапи визначення безпеки продукції, на яких стає можливим здійснити заходи, метою яких є усунення, попередження або приведення до прийняттого рівня факторів, які становлять загрозу продукції (для цілей нашої роботи – предмету дослідження прим. автора) [5].

Адаптуючи сутність методу НАССР для забезпечення цілей аналізу проблемних моментів функціонування технологічного процесу техніко-криміналістичного дослідження, слід вказати, що під час розроблення програм-передумов вказаної технології, окрім законодавчої регламентації доекспертної та експертної діяльності, необхідно враховувати фактичні та нормативні вимоги, які пред'являються до суб'єктів вказаного виду криміналістичних досліджень, а саме в частині наявності спеціальних криміналістичних знань та вмінь використовувати засоби криміналістичної техніки.

Загалом, узагальнюючи підходи вчених щодо чинників, які визначають ефективність вказаної діяльності, можна дійти висновку про її залежність:

– по-перше, від суб'єктів зазначеної діяльності, а саме від їх криміналістичних знань щодо пошуку, виявлення, огляду та попереднього дослідження об'єктів з використанням засобів криміналістичної техніки;

– по-друге, від наявності та відповідності сучасним вимогам науково-технічного прогресу використовуваної криміналістичної техніки.

Отже, не деталізуючи особливості технічного забезпечення техніко-криміналістичних досліджень, оскільки вони є предметом окремого наукового вивчення, зупинимось на дослідженні кваліфікаційних вимог до рівня спеціальних криміналістичних знань суб'єктів проведення доекспертних та експертних техніко-криміналістичних досліджень та способу їх підтвердження у різних органах досудового розслідування та спеціальних експертних установах:

1) *Державне бюро розслідувань*. Кваліфікаційні вимоги та критерії професійної придатності для зайняття посади слідчого першого слідчого відділу Першого управління організації досудових розслідувань Державного бюро розслідувань, затверджених наказом Державного бюро розслідувань від 07.03.2018 № 21, не містять вимог щодо необхідності слідчому володіти спеціальними криміналістичними знаннями, засобами криміналістичної техніки, способами виявлення, закріплення та вилучення матеріальних об'єктів чи їх слідів [6].

Водночас Кваліфікаційні вимоги та критерії професійної придатності для зайняття посади провідного спеціаліста відділу криміналістики та експертної роботи Другого управління організації досудових розслідувань (Управління з розслідування злочинів, вчинених працівниками правоохоронних органів та у сфері правосуддя) Державного бюро розслідувань, затверджені наказом Державного бюро розслідувань від 07.03.2018 № 21, у розділі «Професійні знання» містить такі вимоги: володіння методиками і технологіями теорії криміналістики; володіння криміналістичною технікою; знання правил збору речових доказів; досвід пошукової діяльності на місці події; досвід формулювання робочої гіпотези та розробки плану дослідження тощо [7].

2) *Національне антикорупційне бюро України*. Окремі підрозділи техніко-криміналістичного забезпечення у структурі Національного антикорупційного бюро України відсутні.

Водночас профіль посади «Детектив відділу детективів підрозділу детективів Головного підрозділу детективів Національного антикорупційного бюро України», затверджений Директором НАБУ 26.11.2019, містить загальне формулювання у вигляді необхідності знання методів криміналістичного дослідження [8].

3) *Національна поліція України*. Опис конкурсу на заняття вакансії «Слідчий ГУНП в області»

містить розділи «Основні службові обов'язки», «Бажані якості та навички», «Вимоги до кандидатів» та інші. Жоден з указаних розділів не містить вимог щодо наявності спеціальних криміналістичних знань чи вміння користуватися засобами криміналістичної техніки [9].

Проте у Довіднику типових професійно-кваліфікаційних характеристик основних посад працівників Міністерства внутрішніх справ України, затвердженому наказом МВС України від 24.03.2006 № 301 [10], визначено кваліфікаційні вимоги до посади слідчого – «вища освіта відповідно до фаху професійної діяльності в ОВС за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста, бакалавра. Без вимог до стажу роботи». У той же час у розділі «Повинен знати» зазначено про «криміналістичну техніку та методи її застосування в досудовому слідстві», «методику застосування оперативної та криміналістичної техніки», «зміст та призначення криміналістичних та інших обліків». До речі, щодо оперуповноваженого саме таких вимог Довідник не має.

Аналізований нами Довідник не має кваліфікаційних вимог до посади інспектор-криміналіст, оскільки на час його укладення вказаної посади, як і самої Національної поліції України, ще не існувало. Водночас він містить вимоги до старших експертів та експертів, які повинні знати: «криміналістичну техніку, яка використовується під час проведення слідчих дій», «методи виявлення, вилучення, фіксації та пакування слідової та іншої інформації на місці події та у лабораторних умовах», «методи попереднього дослідження виявленої інформації та надання за його результатами розшукової інформації».

Таке широке визначення кваліфікаційних вимог сприяє залученню експерта до проведення не лише експертиз, а і таких наразі не властивих йому доекспертних техніко-криміналістичних досліджень, як пошук та огляд об'єкта, його попереднє дослідження у процесі слідчої (розшукової) дії та перевірка об'єкта за криміналістичними обліками.

4) *Органи, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства.* Відповідно до п. 352.1 статті 352 ПК України на службу до податкової міліції приймаються на контрактній основі громадяни України, які мають відповідну освіту, здатні за своїми особистими, діловими, моральними якостями та станом здоров'я виконувати обов'язки відповідно до покладених на податкову міліцію завдань [11].

Вказані вимоги конкретизовані в Описі курсу на заняття посади слідчого податкової міліції ГУДФС в області, який містить вказівку на необхідність наявності вищої юридичної освіти, водночас не містить вимог щодо наявності спеціальних криміналістичних знань чи вміння користуватися засобами криміналістичної техніки [12].

5) *Служба безпеки України.* Відомості щодо наявності посад спеціалістів з криміналістичного забезпечення проведення слідчих (розшукових) дій, а також кваліфікаційні вимоги до слідчих та вказаних спеціалістів отримати з відкритих джерел не представилось можливим.

Підсумовуючи викладене щодо суб'єктів доекспертних видів дослідження, необхідно зазначити, що нечіткість формулювань та невизначеність питань щодо форми підготовки, отриманої кваліфікації та спеціалізації у нормативних документах та кваліфікаційних вимогах до посад слідчого, детектива, інспектора-криміналіста на практиці призводять до фактичної «легалізації» низького рівня спеціальних криміналістичних знань та невміння користуватися криміналістичною технікою.

6) *Державні спеціалізовані експертні установи.* Відповідно до ст. 10 Закону України «Про судову експертизу» судовими експертами державних спеціалізованих установ можуть бути фахівці, які мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності [13].

Ці вимоги забезпечують гарантії фаховості суб'єкта експертного виду техніко-криміналістичних досліджень та унеможливають призначення на вказані посади осіб, які через свою непрофесійність можуть завдати шкоду інтересам кримінального судочинства, правам і свободам його учасників.

Висновки. Суб'єкти техніко-криміналістичних досліджень законодавчо розподілені на дві групи: 1) ті, що проводять доекспертні дослідження та 2) ті, що проводять експертні дослідження. Вимоги до наявності та документального підтвердження рівня спеціальних криміналістичних знань і вмінь використання засобів криміналістичної техніки різняться кардинально: від вимог вищої освіти та документального підтвердження кваліфікації за кожною окремою експертною спеціальністю (для суб'єктів експертних досліджень) до загальних абстрактних невиправдано спрощених формулювань посадових компетентностей (для суб'єктів доекспертних досліджень).

Вказане і є тією критичною контрольною точкою – прогалиною, наявність якої негативно впливає на ефективність усього технологічного процесу техніко-криміналістичних досліджень.

Тому ми пропонуємо уніфікувати кваліфікаційні вимоги як для суб'єктів доекспертних, так і для суб'єктів експертних підвидів техніко-криміналістичних досліджень. Однакові професійні вимоги до суб'єктів доекспертних техніко-криміналістичних досліджень будуть сприяти підвищенню їх компетентності та, відповідно, підвищенню якості та ефективності проведення пошуку

слідів, їх огляду, попередньому дослідженню та перевірці за криміналістичними обліками. Шляхом визначення та впровадження єдиних кваліфікаційних вимог стосовно суб'єктів доекспертних досліджень можна уніфікувати процес їх підготовки, звичайно із урахуванням категорії займаної посади, та, як результат, «уніфікувати» безпосереднє вивчення слідів кримінального правопорушення на стадії досудового розслідування та отримувати якісну слідову інформацію для подальшого проведення експертних техніко-криміналістичних досліджень. Саме таким чином буде забезпечуватися технологічність техніко-криміналістичних досліджень.

Єдині кваліфікаційні вимоги до суб'єктів доекспертних техніко-криміналістичних досліджень доцільно затвердити спільним наказом тих відомств, у яких працюють відповідні фахівці. Загальний нормативний базис щодо компетентності суб'єктів доекспертних досліджень забезпечить універсальні стандарти техніко-криміналістичної діяльності суб'єктів, що унеможливить нормативні колізії та практичні недоліки під час здійснення пошуку та огляду слідів, їх попереднього дослідження та перевірці за криміналістичними обліками.

Література

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. 1440 с.

2. Технологія. Дані із вільної енциклопедії «Вікіпедія». URL: <http://www.uk.wikipedia.org/wiki/Технологія> (дата звернення 04.10.2020).

3. Пагик А.А. Стагус, повноваження та відповідальність спеціаліста й інспектора-криміналіста в кримінальному процесі. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2017. № 3 (104). С. 133–142.

4. Лозова С.М., Лозовий А.О. Проблемні питання взаємодії між підрозділами експертної служби МВС України та Національної поліції України / *тези науково-практичної конференції «Сучасні напрями розвитку судової експертизи та криміналістики»* (присвячена пам'яті Заслуженого професора М. С. Бокаріуса). Харків, 20 грудня 2016 року. С. 143–147.

5. Критические контрольные точки. ИнтерКонсалт. URL: <https://www.iksystems.ru/a74> (дата звернення 04.10.2020).

6. Кваліфікаційні вимоги та критерії професійної придатності для зайняття посади слідчого першого слідчого відділу Першого управління організації досудових розслідувань Державного бюро розслідувань, затверджених наказом Державного бюро розслідувань від 07.03.2018 № 21. URL: <https://dbr.gov.ua/vakansii/archive> (дата звернення 05.10.2020).

7. Кваліфікаційні вимоги та критерії професійної придатності для зайняття посади провідного спеціаліста відділу криміналістики та експертної роботи Другого управління організації досудових розслідувань (Управління з розслідування злочинів, вчинених працівниками правоохоронних органів та у сфері правосуддя) Державного бюро розслідувань, затверджені наказом Державного бюро розслідувань від 07.03.2018 № 21. URL: <https://dbr.gov.ua/vakansii/archive> (дата звернення 05.10.2020).

8. Профіль посади «Детектив відділу детективів підрозділу детективів Головного підрозділу детективів Національного антикорупційного бюро України», затверджений Директором НАБУ А. Ситником 26.11.2019. URL: <https://nabu.gov.ua/vakansii> (дата звернення 05.10.2020).

9. Конкурс на посаду Слідчий у ГУНП в Запорізькій області. URL: https://nabir.np.gov.ua/index.php?r=recruitment/process_recruitment&id=3579 (дата звернення 05.10.2020).

10. Довідник типових професійно-кваліфікаційних характеристик основних посад працівників Міністерства внутрішніх справ України та Галузевої класифікації основних посад працівників Міністерства внутрішніх справ України, затверджений наказом МВС України від 24.03.2006 № 301.

11. Податковий кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 13-14, № 15-16, № 17, ст.112). Верховна Рада України. Офіційний сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення 06.10.2020).

12. Запрошуємо на роботу: відкрито вакансії у податковій міліції фіскальної служби Запорізької області. URL: <http://zp.sfs.gov.ua/dfs-u-regioni/robotaz-personalom/vakansii/352460.html> (дата звернення 05.10.2020).

13. Закон України «Про судову експертизу» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, № 28, ст.232). Верховна Рада України. Офіційний сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12> (дата звернення 06.10.2020).

Анотація

Арешонков В. В. До питання вдосконалення суб'єктного складника технології техніко-криміналістичних досліджень. – Стаття.

Стаття присвячена вивченню окремих питань ефективності технології техніко-криміналістичних досліджень, які пов'язані із суб'єктами таких досліджень. У ній досліджено проблематику цього питання, яка негативно впливає на ефективність досліджень цієї категорії, та запропоновані рекомендації з усунення негативних чинників. Також у ній описується власне сам технологічний підхід до процесу досліджень матеріальних об'єктів, які вилучаються під час досудового розслідування злочинів. При цьому констатується, що звернення до технологічного підходу зумовлене необхідністю оптимізації діяльності суб'єкта техніко-криміналістичного дослідження у процесі досудового розслідування, змістом якої повинна стати відповідна технологія проведення техніко-криміналістичного дослідження як підхід (основна ідея), застосування якого підвищить ефективність та якість використання спеціальних криміналістичних знань та техніко-криміналістичних засобів. Узагальнено підходи учених щодо чинників, які визначають ефективність вказаної діяльності, констатовано її залежність від суб'єктів зазначеної діяльності, а саме від їх криміналістичних знань щодо пошуку, виявлення, огляду та попереднього дослідження об'єктів з використанням засобів криміналістичної техніки. Наголошується на тому, що критичною контрольною точкою – прогалиною, наявність якої негативно впливає на ефективність усього технологічного процесу техніко-криміналістичних досліджень, є те, що вимоги до наявності та документального підтвердження рівня спеціальних криміналістичних знань і вмінь використання засобів криміналістичної техніки різняться кардинально: від вимог вищої освіти та документального підтвердження квалі-

фікації за кожною окремою експертною спеціальністю до загальних абстрактних невиправдано спрощених формулювань посадових компетентностей. На основі цього запропоновано уніфікувати кваліфікаційні вимоги як для суб'єктів доекспертних, так і для суб'єктів експертних підвидів техніко-криміналістичних досліджень. Наголошується на тому, що однакові професійні вимоги до суб'єктів доекспертних техніко-криміналістичних досліджень будуть сприяти підвищенню їх компетентності та, відповідно, підвищенню якості та ефективності проведення пошуку слідів, їх огляду, попередньому дослідженню та перевірці за криміналістичними обліками.

Ключові слова: криміналістична техніка, суб'єкт дослідження, спеціаліст, експерт, кваліфікаційні вимоги.

Summary

Areshonkov V. V. On the issue of improving the subjective component of the technology of technical-forensic research. – Article.

The article is devoted to the study of certain issues of the effectiveness of the technology of technical-forensic research, which are related to the subjects of such research. It explores the issues of this issue, which negatively affects the effectiveness of research in this category and offers recommendations for eliminating negative factors. It also describes the technological approach to the process of research of material objects that are seized during the pre-trial investigation of crimes. It is stated that the appeal to the technological approach is due

to the need to optimize the activities of the subject of forensic investigation during the pre-trial investigation, the content of which should be the appropriate technology of technical-forensic research as an approach (basic idea), which will increase efficiency and quality of use. special forensic knowledge and forensic tools. Generalization of scientists' approaches to the factors that determine the effectiveness of these activities, its dependence on the subjects of these activities, namely their forensic knowledge of the search, detection, inspection and preliminary study of objects using forensic techniques. It is emphasized that the critical control point – a gap, the presence of which negatively affects the efficiency of the entire technological process of technical-forensic research, is that the requirements for the availability and documentary evidence of special forensic knowledge and skills of technical-forensic research differ dramatically – from requirements of higher education and documentary proof of qualification in each separate expert specialty to the general abstract unjustifiably simplified formulations of job competencies. Based on this, it is proposed to unify the qualification requirements for both subjects of pre-expert and for subjects of expert subtypes of technical-forensic research. It is emphasized that the same professional requirements for the subjects of pre-expert technical-forensic research will help to increase their competence and, accordingly, improve the quality and efficiency of the search for traces, their review, preliminary examination and verification of forensic records.

Key words: forensic technique, subject of research, specialist, expert, qualification requirements.

УДК 343.98

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.632>**К. В. Гриненко***orcid.org/0000-0002-4077-3003**ад'юнкт кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ***ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ, ОТРИМАНИХ ПІД ЧАС ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ОСОБИ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ**

У кримінальному судочинстві для допустимості доказів обов'язковим є дотримання передбачених кримінальним процесуальним законом способів і умов одержання доказів, тобто процесуальної форми. Фактичні дані про обставини кримінального правопорушення залишаються такими до моменту їх одержання процесуальним шляхом. Процесуальний порядок їх одержання за допомогою використання передбаченого законом джерела і відображення, фіксації в цьому джерелі перетворює їх на докази та є одним із важливих критеріїв допустимості. Процесуальна форма тісно пов'язана з формуванням джерела доказів, за її допомогою визначаються умови, порядок і послідовність провадження процесуальних дій, спрямованих на вилучення інформації з передбачених у законі носіїв [7, с. 146].

В аспекті тематики нашої наукової публікації необхідно відмітити, що питанню визначення поняття допустимості доказів вивчали такі науковці, як В.В. Золотих, В.І. Іщенко, Г.І. Кочаров, Г.М. Миньковський, Я.О. Мотовиловкер, Ю.К. Орлов, О.Р. Ратинов, Л.П. Самофалов, А.С. Сизоненко, О.М. Толочко, С.А. Шейфер та інші. Щодо пред'явлення для впізнання необхідно зазначити, що цій проблемі присвячували свої наукові роботи такі вчені, як Н.М. Ахтирська, Р.С. Белкін, М.П. Климчук, В.А. Колесник, В.О. Коновалова, В.Г. Лукашевич, Є.Д. Лук'янчиков, М.В. Салтєвський, К.О. Чаплинський, Л.Д. Удалова, В.Ю. Шепітько та інші. Звичайно, що вказані наукові доробки мають велике значення для розкриття проблематики, але не висчерпають її значення.

Мета статті – проаналізувати процесуальну форму як критерій допустимості доказів, зокрема під час проведення пред'явлення особи для впізнання. Досягнення мети потребує аналізу законодавства, наукових поглядів та практичних рішень з судової практики на предмет виявлення причин визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні та окреслення шляхів їх вирішення.

Сьогодні поняття «процесуальна форма» не визначено жодним нормативним документом, а тому існують різні погляди науковців. Зокрема, на думку Я.О. Мотовиловкера, процесуальна форма – це форма, яку мають ті чи інші процесуальні дії, а також строки для провадження тієї чи іншої процесуальної дії [1, с. 84]. Л.П. Самофалов

визначає процесуальну форму як порядок, умови, режим кримінально-процесуальної діяльності [8, с. 12]. З.З. Зінатулін вважає, що процесуальна форма обслуговує два тісно пов'язаних між собою завдання: по-перше, забезпечити достовірність доказів; по-друге, захистити права і законні інтереси громадян у кримінальному процесі [1, с. 108]. М.А. Чельцов вважає, що процесуальна форма – це порядок, умови та способи здійснення процесуальних дій [10, с. 47].

Проаналізувавши визначення поняття «процесуальна форма», можна зробити висновок, що це передбачений кримінальним процесуальним законом порядок діяльності сторони обвинувачення, сторони захисту, потерпілого і його представника, а також інших учасників кримінального провадження, спрямований на виконання завдань кримінального провадження з дотриманням засад кримінального провадження. Процесуальна форма є важливим критерієм допустимості доказів і забезпечує виконання основного завдання кримінального провадження – охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження. На нашу думку, будь-яке порушення процесуальної форми є підставою для визнання доказів недопустимими, а тому є невіддільним критерієм допустимості доказів [7, с. 147].

На думку В.В. Золотих, критерієм допустимості доказів є правила про належну процедуру отримання доказу. Доказ має бути отриманий з дотриманням вимог закону відносно порядку проведення відповідної процесуальної дії, порядку фіксації її ходу та результатів. Тобто фактично йдеться про дотримання процесуальної форми. Далі автор висловлює думку про те, що процесуальна форма суворо формальна, порядок проведення кожної процесуальної дії детально регламентований в законі з метою гарантування прав учасників процесу. Відповідно, отримання доказів шляхом дій, не передбачених в законі, порушує права учасників процесу [2, с. 21].

Ми підтримуємо цю позицію, оскільки, як свідчить судова практика, недотримання процесуальної форми є підставою до визнання доказів недопустимими.

В.І. Іщенко до критеріїв допустимості доказів відносить дотримання вимог процесуальної форми під час формування відповідного виду доказів

[3, с. 80–83]. Найбільш повно визнання поняття допустимості доказів дав О.М. Толочко. Він вважає, що допустимість – це властивість доказу, що характеризує його з погляду законності джерела фактичних даних (відомостей, інформації), а також способів одержання й форм закріплення фактичних даних, що містяться в такому джерелі, у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законом, тобто вповноваженою на це особою або органом у результаті проведення ними слідчої дії за умови суворого дотримання кримінально-процесуального закону, що визначає форми цієї слідчої дії [9, с. 189].

Сьогодні у ст. 86 КПК України надано загальне визначення поняття допустимості: допустимим визнається доказ за умови отримання його в порядку, встановленому КПК. Окрім цього, закон передбачає наслідки визнання доказу недопустимим. Так, у ч. 2 ст. 86 КПК України вказано, що недопустимий доказ не може бути використаний під час прийняття процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд під час ухвалення судового рішення.

Аналіз постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України під час здійснення правосуддя» від 01.11.1996 р. № 9 свідчить, що суд зайняв більш виважену позицію під час визначення допустимості доказів. Як зазначено у постанові, докази повинні визнаватися одержаними незаконним шляхом, коли, наприклад, їх збирання та закріплення здійснено з порушенням встановленого кримінальним процесуальним законодавством порядку. Таким чином, не будь-яке порушення закону зумовлює визнання доказу недопустимим, а лише те, що безпосередньо пов'язане з встановленою законом формою збирання та фіксації відомостей та породжує сумніви в істинності змісту отриманих фактичних даних.

Суд, виносячи ухвалу про закінчення з'ясування обставин та перевірки їх доказами, має встановити належність, достатність, допустимість та визначити, які докази можуть бути основою для ухвалення рішення, а які слід визнати недопустимими.

У науковій літературі традиційно визначають певні критерії (умови) визнання доказів допустимими. Відповідно до позиції Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду, висловленої в постанові від 11.02.2020 у справі № 761/33311/15-к, під час розгляду кримінального провадження, даючи оцінку допустимості доказу, суд має проаналізувати критерії допустимості таких доказів, як-от: законність джерела, законність способу отримання, процесуальне оформлення перебігу й результатів слідчої дії. Критеріями допустимості доказів є:

– належне процесуальне джерело (ч. 2 ст. 84 КПК України містить вичерпний перелік проце-

суальних джерел доказів, який розширеному тлумаченню не підлягає);

– належний суб'єкт збирання доказів (докази можуть бути зібрані тільки тими суб'єктами, які згідно з нормами КПК України мають на це право);

– належна процесуальна форма (встановлений КПК України порядок здійснення кримінального провадження загалом і проведення окремих процесуальних дій) [15].

Таким чином, процесуальна форма включає дотримання належної процедури одержання доказів та належну форму фіксації результатів дії. Загальновідомо, що основна частина доказів у кримінальному провадженні збирається шляхом проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема під час проведення пред'явлення для впізнання.

Збирання доказів як елемент процесу доказування становить діяльність уповноважених на це осіб у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством, щодо одержання відомостей про факти й обставини, що мають значення для кримінального провадження, і закріплення їх у формі, яка визначена законом. Щодо одержання доказів із належного джерела, у ч. 2 ст. 84 КПК України міститься вичерпний перелік процесуальних джерел доказів, до яких належать показання, речові докази, документи та висновки експертів. Цей перелік розширеному тлумаченню не підлягає, і будь-яка інформація, отримана не з процесуального джерела, не може бути використана як доказ.

Законодавець зобов'язує суб'єкта розслідування перед тим, як пред'явити об'єкт (особу, річ або труп) для впізнання, попередньо з'ясувати у особи, чи зможе вона впізнати об'єкт, пред'явлення якого планується, за яких обставин вона його спостерігала, за якими саме ознаками особа може впізнати об'єкт, про що складає протокол (ст. ст. 228–230 КПК України). Навіть якщо особа раніше вже була допитана щодо розслідуваної події й дала показання про ознаки об'єкта та обставини, за яких відбувалося його сприйняття, доцільно провести додатковий допит, предметом якого буде з'ясування сукупності ознак об'єкта і обставини його сприйняття, про які особа казала раніше, уточнення даних ознак та обстановки, за якою відбувалося сприйняття об'єкта. Саме результати такого допиту виступають для суб'єкта розслідування підставою для прийняття остаточного рішення щодо доцільності проведення пред'явлення для впізнання [5, с. 474].

Дотримання належної процедури одержання доказів є важливим елементом. Цей критерій допустимості доказів забезпечує послідовність проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, належне оформлення рішення про проведення дії, дотримання умов і порядку здійснення таких дій. Належна процедура потребує до-

тримання вимог законодавства щодо кола учасників, які повинні брати участь у провадженні певної дії або повинні бути повідомлені про проведення такої дії. Загальні правила проведення слідчих (розшукових) дій передбачені ст. 223 КПК України, а окремі вимоги до проведення пред'явлення особи для впізнання передбачені ст. 228 КПК України [11, с. 224].

Під час організації до проведення пред'явлення особи для впізнання забороняється попередньо показувати особі, яка впізнає, особу, яка повинна бути пред'явлена для впізнання. Тому слідчий чи прокурор зобов'язані вжити заходів, що виключають зустріч цих осіб і будь-які способи впливу на особу, яка здійснює впізнання. Така вимога закону пояснюється урахуванням властивостей людської психіки: людиною краще запам'ятовується і відтворюється той образ людини, що сприймався за часом, більш наближеним до часу проведення впізнання.

Отже, необхідно, щоб між сприйняттям особою, яка впізнає, та особою, яка пред'являється для впізнання, під час вчинення злочину чи за інших обставин, та моментом пред'явлення для пізнання не було опосередкованої ланки, тобто вони не повинні більше зустрічатися. Тим самим пояснюється заборона на проведення пред'явлення особи для впізнання після проведення пред'явлення впізнання за фотознімками, матеріалами відеозапису тої самої особи. Виключити вірогідність випадкової зустрічі особи, що впізнає, потрібно й з запрошеними особами (статистами), оскільки це буде підказкою для даної особи – кого впізнавати не треба, що також нівелює сутність цієї слідчої (розшукової) дії. Для цього рекомендується запрошувати особу, що впізнає, раніше того часу, на який заплановано провадження цієї дії, та забезпечити її розміщення у такому місці, звідки він не зміг би побачити як прибувають інші її учасники [5, с. 390].

Цікавим є різновид процедури пред'явлення особи для впізнання в США – оперативне впізнання (англ. *showup* – показати, пред'явити). Таке впізнання зазвичай проводиться в тих ситуаціях, коли після вчинення кримінального правопорушення пройшов дуже короткий час. При цьому потерпілому або свідкові пред'являється тільки один підозрюваний. Такий вид впізнання дозволяється проводити на місці події. Після проведення впізнання слід негайно з'ясувати і зафіксувати ступінь впевненості впізнаючого у своїх показаннях.

Крім вищевказаних правил, інструкція вказує на дотримання вимог, що сприяють дотриманню права підозрюваного на захист під час проведення оперативного впізнання “*showup*”. Так, особі, яка впізнає, попередньо необхідно роз'яснити, що особа, яка пред'являється для впізнання, не обов'язково є реальним злочинцем, ним може бути зовсім

інша людина. Не допускаються будь-які слова, жести чи інша поведінка співробітників поліції, які мають характер підказки або вказівки на певну особу [12].

Треба зазначити, що в окремих випадках мають місце факти «впізнання» підозрюваного потерпілим до моменту початку зазначеної процедури, наприклад, в процесі проведення оперативно-розшукових заходів. В таких ситуаціях пред'являти особу для впізнання повторно немає сенсу. Однак факт впізнання підозрюваного потерпілим може бути відображений в протоколі допиту. Зазвичай цей протокол приймається судами як допустимий доказ.

На переконання науковців, зазначені дії та їх оформлення цілком припустимі, оскільки потерпілий або очевидець, який упізнав підозрюваного, робить це стихійно. Попередньої психологічної підготовки до майбутньої ідентифікації особи не відбувається. Ці обставини, безсумнівно, сприяють відносно спокійному душевному стану особи, яка здійснює впізнання. Крім того, такі факти часто відбуваються в процесі проведення оперативно-розшукових заходів, наприклад, спільного з потерпілим або свідком патрулювання території, прилеглої до місця вчинення кримінального правопорушення. Якщо при цьому здійснюється впізнання підозрюваного, то крім нього там можуть знаходитися й інші особи, тобто фактично впізнаючий бачить не одного підозрюваного, а кількох осіб [4, с. 102–103].

Прикладом порушення процесуальної форми, яке потягло за собою визнання доказів недопустимими, є постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 18 грудня 2019 року (справа № 761/2021/16-к, провадження № 51-3904км19), відповідно до якої Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 24 листопада 2017 року та ухвалу Київського апеляційного суду від 07 травня 2019 року щодо ОСОБА_1 за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 186 КК України, залишити без зміни. Суди обох інстанцій обґрунтовано зазначили, що протокол пред'явлення особи для впізнання потерпілою ОСОБА_2 від 18.07.2015 року є недопустимим доказом, оскільки він отриманий з порушення вимог ст. 228 КПК України.

З показань потерпілої ОСОБА_2 та свідка ОСОБА_3 вбачається, що обвинуваченого перед впізнанням, яке було здійснено у відділенні міліції, пред'явили потерпілій на вулиці. При цьому інші особи для впізнання їй не пред'являлися в цей час. Також потерпіла вказала, що впізнання на досудовому розслідуванні за фотознімками відбулося за її участі вже після того, як працівник міліції попередньо продемонстрував їй на вулиці затриманого ОСОБА_1 як схожого по її описам чоловіка, якого вона пізніше впізнавала в процесі

слідчої дії. Зазначила, що особи, які пред'являлися їй для впізнання, мали інші ознаки зовнішності за тілобудовою, віком, зростом, були старші від ОСОБА_1. Також під час впізнання були відсутні поняті. Сам же ОСОБА_1 заперечував щодо вчинення грабежу відносно потерпілої ОСОБА_2. Також він зазначав про те, що його повторно представили для впізнання потерпілій серед осіб, які за зовнішністю не були подібні до нього, мали суттєві відмінності.

У сукупності доказів, на яких базувалось обвинувачення, протокол пред'явлення особи для впізнання відігравав вирішальну роль, він був об'єднуючим, закріплюючим елементом, адже протокол огляду місця події від 18.07.2015 року, протокол слідчого експерименту за участю потерпілої від 11.08.2015 року є непрямыми доказами, і вони мали значення для доведення вини ОСОБА_1 лише в сукупності із протоколом пред'явлення особи для впізнання. Тому твердження прокурора, що судами не надано належної оцінки вищевказаним доказам, не вбачається обґрунтованим.

Суди належно вказали на те, що зазначені вище докази не можуть бути достатньою підставою для висновку суду про винуватість ОСОБА_1 у вчиненні ним 18 липня 2015 року грабежу щодо потерпілої ОСОБА_2 [13].

Фіксування кримінального провадження передбачене гл. 5 КПК України (ст. ст. 103–109). Ст. 103 КПК передбачає такі форми фіксації процесуальних дій: протокол, носій інформації, на якому за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії, і журнал судового засідання. Під час фіксації фактичних даних слідчі часто допускають порушення вимог закону відносно порядку проведення відповідної процесуальної дії, порядку фіксації процесу та результатів, проте фіксують докази, які прямо вказують на причетність тієї чи іншої особи до вчиненого злочину.

Протокол складається з вступної, описової та заключної частин. У вступній частині повинні міститися відомості про місце, час проведення (час початку і закінчення) та назву слідчої (розшукової) дії; особу, яка проводить пред'явлення для впізнання (посада, звання, прізвище, ім'я, по батькові); прізвища, імена, по батькові, дати народження, місця проживання всіх осіб, які були присутні під час проведення дії (захисник, перекладач, спеціаліст, поняті). В описовій частині протоколу пред'явлення для впізнання мають бути вказані анкетні дані особи, яка упізнається, її зріст, риси обличчя, колір волосся, одяг, процесуальне становище, а також прізвища, імена, по батькові, основні ознаки, вік, зріст, колір волосся, одяг і адреси тих осіб, серед яких вона пред'являється для пізнання. У заключній частині протоколу повинні міститися відомості про спосіб ознайомлення учасників слідчої (розшукової) дії

зі змістом протоколу, зауваження і доповнення до письмового протоколу з боку учасників процесуальної дії [5, с. 394–395].

Прикладом порушення процесуальної форми, яке потягло за собою визнання доказів недопустимими, є постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 21 липня 2020 року (справа № 331/2390/17, провадження № 51-1230км20), відповідно до якої Ухвалу Апеляційного суду Запорізької області від 3 грудня 2019 року стосовно ОСОБА_1 за обвинуваченням у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 190, ч. 2, 3 ст. 185 КК України, залишити без зміни.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, доказами у кримінальному провадженні, окрім іншого, були протоколи пред'явлення особи для впізнання, які належним чином дослідив суд першої інстанції та визнав їх недопустимими, при цьому зазначив, що у протоколах пред'явлення особи для впізнання відсутній опис усіх осіб, які пред'являлись для впізнання за номерами від одного до чотирьох, а також не зазначено про те, хто є тією особою (ПІВ), яку свідок впізнав на відповідних фото (відомості щодо анкетних даних осіб не зазначені), та спосіб, у який було проведена така слідча дія, що призвело до порушення вимог статті 228 КПК.

Тобто суд, проаналізувавши всі надані стороною обвинувачення докази, визнав недопустимими всі протоколи пред'явлення особи для впізнання, а також протокол слідчого експерименту від 30 березня 2017 року за епізодами вчинених ОСОБА_1 крадіжок у період з 11 січня по 13 січня 2017 року, оскільки виправданий у своїх показаннях зазначив, що він лише фотографувався на фоні приміщень, на які вказував слідчий, а понятими були особи без постійного місця проживання. Таких свідків стороною обвинувачення не було представлено суду для підтвердження проведення вказаних слідчих дій відповідно до вимог чинного законодавства.

Тобто рішення про виправдання ОСОБА_1 є обґрунтованим, а ухвала апеляційного суду відповідає вимогам статті 419 КПК [14].

Проаналізувавши практичні приклади з судової практики, можна зробити висновок, що будь-яке порушення процесуальної форми тягне за собою визнання доказів недопустимими. Однак деякі науковці вважають, що несуттєві порушення кримінального процесуального закону не можуть бути підставою для визнання доказів недопустимими. З цього випливає необхідність законодавчого визначення, які саме процесуальні порушення є суттєвими. Також є процесуалісти, які дотримуються «доктрини плодів отруєного дерева» (fruit of poisonous tree doctrine), яка діє у кримінальному процесі США і відповідно до якої будь-яке

порушення поліцейськими конституційних прав громадян, навіть якщо воно має не безпосередній, а лише опосередкований зв'язок із самим процесом виявлення, вилучення та фіксації доказів, тягне втрату останнім юридичної сили. Наприклад, недопустимими є докази, отримані під час обшуку, якщо місце обшуку знайдено по карті, отриманій незаконним шляхом [6, с. 43–49]. На нашу думку, кримінальне судочинство України наразі не готове до такої категоричності у вирішенні питань допустимості доказів.

Висновки. Доказова цінність результатів пред'явлення особи для впізнання безпосередньо залежить від того, наскільки точно було додержано вимоги кримінального процесуального закону щодо необхідних умов для проведення пред'явлення для впізнання і процедури пред'явлення особи для впізнання. На жаль, на практиці нерідкими є випадки перевищеної оцінки результатів впізнання, коли в основу обґрунтування обвинувальних вироків суду покладаються непереконливі й сумнівні протоколи впізнання. Тому здійснення організаційно-тактичних заходів відповідно до вимог проведення пред'явлення особи для впізнання і дотримання наукових рекомендацій слідчим є обов'язковою умовою отримання допустимих доказів у кримінальному провадженні.

Література

1. Бобров В.К., Божьев В.П., Бородин С.В. Уголовный процесс: учеб. для вузов/ под ред. В.П. Божьева. Москва, 1998. 574 с.
2. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов-на-Дону, 1999. 288 с.
3. Іщенко В.І. Принцип допустимості і достатності засобів кримінально-процесуального доказування. *Право України*. 2003. № 7. С. 80–83.
4. Климчук М.П. Тактика пред'явлення для впізнання особи в Сполучених Штатах Америки. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/jspui/bitstream/123456789/15982/1/AKTUALIBNI%20PITANNYA%20KRIMINALISTIKI_p101-105.pdf.
5. Криміналістика : підручник / [В.В. Пяковський, Ю.М. Черноус, А.В. Самодин, А.О. Антошук та ін.]; за заг. ред. В.В. Пяковського. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Право, 2020. 752 с.
6. Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе : науч.-практ. пособие. Москва, 2001. 144 с.
7. Осетрова О.С. Дотримання процесуальної форми як критерій допустимості доказів. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2014. №1. с. 142–154 URL: <http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/845/2/osetrova.pdf>.
8. Самофалов Л.П. Роль процесуальної форми в реализации конституционных прав и свобод советских граждан в их отношении с милицией : автореф. дис. канд. юрид. наук. Киев, 1987. 22 с.
9. Толочко О.М. Гуманізація доказування у кримінальному провадженні. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. № 4. 2014. С. 187–196.
10. Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Санкт-Петербург, 1995. 867 с.
11. Шульга Н.В. Допустимість відомостей, отриманих за результатами відео конференції. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. №5 (20). с. 222–225. URL: http://www.pjv.nuoua.od.ua/v5_2017/54.pdf
12. Guidelines for conducting show ups. Port Washington Police Department, Wisconsin. URL: http://defensewiki.ibj.org/index.php/Showups,_Lineups,_and_Photo_Arrays.
13. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 18 грудня 2019 року у справі № 761/2021/16-к, провадження № 51-3904км19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505832>.
14. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 21 липня 2020 року у справі № 331/2390/17, провадження № 51-1230км20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90563134>.
15. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного суду, від 11 лютого 2020 року у справі №761/33311/15-к, провадження № 51-487км18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87672462>.

Анотація

Гриненко К. В. Допустимість доказів, отриманих під час пред'явлення особи для впізнання. – Стаття.

Наукова стаття присвячена висвітленню деяких аспектів процедури проведення слідчої (розшукової) дії, а саме пред'явлення особи для впізнання. Метою статті є аналіз вивчення одного з важливих критеріїв допустимості доказів у кримінальному судочинстві – процесуальної форми. Досліджено різні погляди науковців щодо понять допустимості доказів та процесуальної форми, адже сьогодні термін «процесуальна форма» не визначений жодним нормативним документом.

Розглянуто організаційні й тактичні особливості пред'явлення особи для впізнання та проаналізовано процедуру проведення цієї слідчої (розшукової) дії у зарубіжних країнах, зокрема у Сполучених Штатах Америки. У статті наведено приклади судових рішень, у яких докази визнано недопустимими з огляду на порушення процесуальної форми. Зокрема, акцентується увага на проблематиці дотримання належної процедури одержання доказів та фіксуванні результатів дії. Зазначено причини порушення умов допустимості доказів під час досудового розслідування та можливості їх усунення.

У статті наголошено, що відповідно до чинного законодавства та судової практики будь-яке недотримання процесуальної форми є підставою до визнання доказів недопустимими, що призводить до недоведеності вини підозрюваної особи. Проаналізовано думки деяких науковців, які вважають, що несуттєві порушення кримінального процесуального закону можуть вважатися допустимими у разі законодавчого визначення, які саме процесуальні порушення є суттєвими.

Зроблено висновок, що сторона обвинувачення під час збирання та фіксації доказів має докласти максимальних зусиль для дотримання всіх вимог проведення процесуальної дії відповідно до кримінального процесуального закону, адже це є обов'язковою умовою отримання допустимих доказів у кримінальному провадженні. Для того щоб докази були достатньою підставою для висновку суду про винуватість особи, процедура та протокол пред'явлення для впізнання мають бути належними.

Ключові слова: пред'явлення особи для впізнання, допустимість доказів, недопустимий доказ, процесуальна форма, досудове розслідування.

Summary

Hrynenko K. V. Admissibility of evidence obtained during the presentation a person for identification. – Article.

The scientific article is devoted illumination of some aspects of the procedure of conducting an investigative (search) action, namely the presentation a person for identification. The purpose of the article is to analyze the study of one of the important criteria for the admissibility of evidence in criminal proceedings - the procedural form. Different points of view of scientists on the concepts of admissibility of evidence and procedural form have been studied, because today the term “procedural form” is not defined by any normative document.

The organizational and tactical especially of producing a person for identification are considered and the procedure of conducting this investigative (search) action in foreign countries, in particular in the United States of America, is analyzed. The article provides examples of court decisions in which evidence was declared inadmissible due to violation of procedural form. In particular, attention is focused on the issue of compliance with the proper procedure for obtaining evidence and recording

the results of action. The reasons for violation of the conditions of admissibility of evidence during the pre-trial investigation and the possibility of their elimination are indicated.

The article emphasizes that in accordance with the current legislation and judicial practice, any non-compliance with the procedural form is grounds for declaring the evidence inadmissible, which leads to the lack of proof of guilt of the suspect. The opinions of some scholars are analyzed, who believe that insignificant violations of the criminal procedural law can be considered admissible in the case of legislative determination of which procedural violations are significant.

It is concluded that the prosecution during the collection and recording of evidence should make every effort to comply with all requirements of the procedural action in accordance with the criminal procedure law, as this is a prerequisite for obtaining admissible evidence in criminal proceedings. In order for the evidence to be a sufficient basis for a court’s finding of guilt, the identification procedure and protocol must be appropriate.

Key words: presentation a person for identification, admissibility of evidence, inadmissible evidence, procedural form, pre-trial investigation.

УДК 343.98
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.633>

Л. В. Гусар
orcid.org/0000-0002-0768-8050
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПОБУДОВА ПОШУКОВОГО ПОРТРЕТА СЕРІЙНОГО ЗЛОЧИНЦЯ

Постановка проблеми. Пошуковий портрет злочинців складається зазвичай під час розслідування серійних насильницьких злочинів – зґвалтувань, сексуальних вбивств, ритуальних вбивств. Криміналістична практика розробки і реалізації пошукових портретів серійних злочинців має багаторічну історію. Проте протягом багатьох років всі розшукові слідчі дії та виявлення й викривання злочинців базувались на практичному досвіді й «оперативному відчутті» тих, хто здійснював розслідування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ґрунтовних наукових дослідження розслідування серійних злочинів не проводилось. Взагалі в СРСР фундаментальні психологічні і криміналістичні теорії щодо розслідування серійних вбивств і розкриття інших резонансних насильницьких злочинів почали з'являтися на початку 90-х років, після того як було доведено, що більше десятка вбивств на трасі між Вітебськом і Полоцьком вчинила одна людина... [1, с. 122]. В Україні відмічається позитивна динаміка публікацій у наукових виданнях правознавців, кримінологів, психологів, криміналістів, які присвячені тим чи іншим аспектам боротьби із серійною насильницькою злочинністю, в тому числі і розробці пошукових портретів. Так, в Бюлетені з обміну досвідом роботи МВС України № 131 було опубліковано статтю А.В. Стурушкевича «Криміналістичне профілювання як метод криміналістичного аналізу», в якій розглядається технологія створення пошукового портрету злочинця і наводяться конкретні рекомендації щодо реалізації розроблених пошукових портретів злочинця [2, с. 56].

Виклад основного матеріалу. В кожному конкретному випадку пошуковий портрет злочинця є результатом комплексного міждисциплінарного аналізу матеріалів кримінального провадження.

Процедуру складання портрету злочинця можна запозичити із західної моделі кримінального профайлінга («профільінг» від слова «профіль» – портрет). Інформація про особу, яка вчинила злочин, отримується з аналізу даних огляду місця події, допиту свідків, матеріалів, які містяться в висновках експертизи, проте ми одержуємо інформацію про особистість злочинця, а не точне прізвище й повну адресу. Ця інформація дозво-

лить створити ймовірну модель злочинця з характерними рисами його внутрішнього (психічного) і зовнішнього (конституційного) вигляду, а також професійною орієнтацією, стилем життя, захопленнями. «Збіг підозрюваного з моделлю допоможе викрити злочинця, а розбіжність – відвести підозру від невинного. А до того як з'явиться конкретний підозрюваний, можливе створення його психологічної моделі, образу» [3, с. 36].

У складанні пошукових портретів злочинців беруть участь науковці, практичні працівники різних галузей – експерти-криміналісти, кримінологи, психологи і психіатри. Аналізуючи матеріали справи, вони, за результатом їх спільної діяльності, складають висновок (довідку), який має рекомендаційний характер.

Залежно від змісту й характеру отриманої інформації пошуковий портрет невідомого злочинця містить такі дані: загальна характеристика особистості і формуюча мотивація поведінки; звички, схильності, навички та інші індивідуальні ознаки особистості; вікова група; район, де ймовірно проживає злочинець; район місця роботи, служби, навчання; рівень освіти й професійна діяльність; особливості родини та історія особистого життя; сімейний стан і наявність дітей; служба в армії, заняття спортом, робота з людьми; наявність судимості (кримінальна обізнаність); наявність психічної патології; антропологічна і функціональна характеристика (тип зовнішності, пантоміміка тощо).

Криміналіст А.А. Протасевич запропонував свою типову модель пошукового портрета злочинця, яка складається з трьох блоків [4]. Перший – ознаки, що характеризують злочинця як об'єкт реального світу і як особистість (демографічні, соціально-демографічні, функціональні, психічні). Другий – ознаки типу «зв'язки – відносини» (ставлення злочинця до потерпілого, до викраденого майна, до місцевості, на якій розташоване місце події). Третій – ознаки злочинця як суб'єкта кримінальної активності та об'єкта, що приймає участь у процесі слідоутворення (дії злочинця до, під час і після вчинення злочину; сліди на тілі, одязі злочинця й на об'єктах, що взаємодіяли з ним).

Наявні також і більш детальні наукові розробки цього методу під час розслідування серій-

них насильницьких злочинів. Так, фахівцям для складання пошукових портретів серійних вбивць рекомендується звертати увагу на фактор часу нападу злочинця на жертву. При цьому доцільно зафіксувати день тижня і його особливості (робочий, вихідний, свято). Крім того, необхідно вказати можливий зв'язок часу вчинення злочину з робочим режимом цього пункту місцевості: закінчення роботи середньої школи, підприємства; збільшення кількості людей в місці вчинення злочинів чи, навпаки, зниження їхньої кількості.

Рекомендується також ураховувати:

1. Особливості погодних умов у момент вчинення злочину. Треба встановити: чи йшов дощ, яким був атмосферний тиск, у якій фазі знаходився місяць тощо.

2. Маршрут жертви. Особливу увагу треба звернути на пересування жертви в межах останньої години до моменту нападу, а також маршрут від передбачуваного місця контакту жертви зі злочинцем до місця вчинення злочину або виявлення трупа.

3. Маршрут злочинця. За відсутності таких даних доцільно зробити припущення про можливі шляхи і способи його пересування, відзначивши: а) можливі шляхи прибуття в цей район; б) можливі шляхи відходу; в) місце, з якого злочинець вистежував жертву.

4. Дані про жертву і спосіб контакту злочинця. Почерк злочинця часто виявляється в способі контакту злочинця із жертвою, у зв'язку з чим треба звертати увагу на таке: ступінь оголення жертви; можливі варіанти сексуальних контактів з неоголеною жертвою.

5. Особливості місця події. Під час складання протоколу огляду місця події важливо відзначити: можливість під'їзду транспорту, наявність зупинок транспорту і якого саме, а також з'ясується, який вид транспорту здебільшого використовується населенням.

Під час розслідування серійних насильницьких злочинів особливо важливого значення набуває прогнозування місця майбутнього злочину. Оперативних працівників правоохоронних органів, що здійснюють розшук і затримання підозрюваних у вчиненні серійних насильницьких злочинів, особливо сексуальної мотивації, найбільше цікавить питання: де і коли можна затримати злочинця під час спроби чергового нападу [5, с. 95]. Зважаючи на те, що прогнозувати місце майбутнього злочину досить важко, слід зазначити, що у свідомості злочинця місце злочину буває обране заздалегідь. Крім того, воно зумовлюється маршрутом жертви. І якщо жертва виявиться там, то злочин, імовірно, за все, буде скоєно. Місць, що задовольняють вимоги злочинця, небагато. Вже після першого злочину можна передбачити наступне місце. Тому важливо і необхідно ви-

значити подібні місця на місцевості і взяти їх під спостереження. Як зазначають західні експерти, злочинець обов'язково «обходить» свою територію і часто повертається на місце злочину.

Прогнозувати наступне місце злочину можливо за допомогою таких критеріїв: обмеженість простору (відкритий простір чи приміщення); ймовірність, що жертва перебуватиме на місці злочину одна; присутність злочинця в цьому місці не має викликати підозру; освітлення; час; відстань до житлових будинків; відстань до найближчого пішохідного маршруту або транспортної магістралі [6, с. 385].

Ці умови індивідуальні й специфічні для кожного окремого злочинця і зазвичай залишаються незмінними протягом серії злочинів. Найбільш сталою характеристикою місця злочину є те, відкритий (парки, лісопарки) це чи закритий (ліфти, підвали) простір, що має для злочинця принципове значення і зберігається тривалий час.

В обмежених умовах (місто, селище міського типу) для нападу з метою з'валтування або вбивства на сексуальному ґрунті найбільше часто злочинці вибирають: ліфти багатоповерхових будинків, горіща, підвали, під'їзди, сходові площадки, сквери, лісосмуги, будмайданчики [7, с. 6].

У великому населеному пункті можливі три варіанти «злочинної географії»: на всій території міста; на обмеженій території (1 район); декілька місць, які згруповані на суміжній території (2–4 райони). В останньому варіанті для кожного з окремих районів визначаються власні межі, а потім в центрі кожного з виділених районів ставиться «крапка». Вони є основою для побудови схеми території району дії злочинця [1, с. 127].

Після виявлення всього району дій злочинця необхідно конкретизувати та позначити ті місця, де найбільше ймовірна його поява. Відповідно, саме там треба організувати першочергові оперативно-розшукові заходи по затриманню злочинця. Співставивши маршрути всіх жертв, можливо визначити конкретне місце, в якому злочинець спробує вчинити наступний злочин.

Необхідно враховувати, що місце нападу і вистежування жертви спеціально розраховуються злочинцем так, щоб забезпечити максимальну кількість потенційних жертв. Це можуть бути зупинки транспорту або шлях, яким повертається жертва після роботи чи навчання [8, с. 240].

Поряд із місцем вчинення злочину існує так зване місце початку злочину – місце вистежування жертви («місце старту»). Місць вистежування жертви може бути декілька. Останні, на відміну від місця вчинення злочину, більш стабільні за своїми криміналістичними характеристиками. Щоб визначити місце вистежування жертв, необхідно з'ясувати місце, в якому останній раз бачили потерпілих, і ретельно вивчити їхній маршрут.

Зіставивши маршрути жертв, можна прогнозувати місце, в якому злочинець може знову спробувати ввійти в контакт із черговою жертвою. Водночас наявні ситуації, коли злочинець працює на відповідній роботі (перукарня, ательє, басейн, лазня) і може безперешкодно вибирати чергову жертву, тобто діє стаціонарно.

Важливе місце під час аналізу серійних насильницьких злочинів набуває фактор часу. Практика показала, що злочинець віддаляється від вихідного пункту (станції метро, зупинки) приблизно на однакову відстань. І якщо спробувати зрозуміти, чому злочинець вчиняє злочини на однаковій відстані від вихідного пункту, то виявляється, що однаковим є не відстань, а час. Тобто злочинець визначає час для прибуття на місце злочину [9].

Здебільшого час вчинення нападу не є чимось випадковим, він містить досить багато інформації для створення пошукового портрету злочинця, особливо якщо профілеру вдасться виявити закономірності його вибору останнім.

Закономірності вибору часу вчинення злочину визначаються за двома напрямками:

- а) час доби нападу;
- б) частота вчинення нападів (в які дні, місяці).

Ці позиції не пов'язані одна з одною і аналізуються окремо. На вибір часу доби вчинення злочину впливає імовірність появи жертви в місці, що підходить для нападу. На частоту вчинення злочинів впливають характер і рівень нереалізованих потреб злочинця, які своєю чергою залежать від погодних умов, фази місяця, режиму роботи, навчання. Узагальнений досвід показує, що напади з метою згвалтування відбуваються переважно об 11, 14, 19 і 22 годині. Цікавий факт, що після 22 години частота нападів зменшується, хоча серед населення переважає думка, що цей період найбільш небезпечний в цьому аспекті.

Пік росту числа серійних насильницьких злочинів, які зумовлені, насамперед появою на вулиці найбільшої кількості потенційних жертв, припадає на 14–15 годину – час закінчення занять у школах, або на 16–17 годину – закінчення занять в училищах, інститутах, або на 18–19 годину – закінчення роботи, або на 22 годину – повернення з вечірніх гулянок, з гостей. Але для профілера важливо визначити не тільки час вчинення нападу на жертву, а з'ясувати, чим зумовлений вибір саме цього часу для злочинця.

Досліджуючи проблему часового фактору вчинених злочинів, профілер пов'язує з ним заходи щодо захоплення злочинця. При цьому важливо враховувати: вчинення серії насильницьких злочинів в однаковий період доби, наскільки відрізняються криміналістичні характеристики порівнюваних злочинів, зв'язок з початком або закінченням навчання в місцевих навчальних закладах, роботи підприємств і організацій, пере-

рвами на обід, часом проведення культурно-масових заходів.

Для створення пошукового портрету злочинця, профілеру важливо звернути увагу на день тижня, в який відбувалися напади, і чим він примітний для цієї місцевості.

Наступним важливим моментом, що характеризує час вчинення злочину, є погодні умови. Останні наукові дослідження фахівців Академії ФБР (США) довели, що на кримінальну активність серійних сексуальних злочинців впливає не стільки сама погода, скільки зміна атмосферного тиску. Для більшості серійних злочинців періодом найбільшої сексуальної активності є весна і осінь. Найменше сексуальних нападів вчиняється узимку [10, с. 155–162].

Ю.М. Антоян, який більше 30 років присвятив вивченню поведінки серійних сексуальних злочинців, в тому числі і розробці пошукових портретів, описує їх «подвиги» у такий спосіб: «Орудуючи найчастіше під прикриттям ночі, сексуальні вбивці, як первісні мисливці, спочатку вистежують свої жертви, раптово нападають на них, наносять безліч тілесних ушкоджень, несамовито розпорюють груди і живіт, вивертають внутрішності, вчиняють наруги над статевими органами, відрізають окремі шматки тіла... Ці злочини вражають своєю неймовірною жорстокістю, безлюдністю, великою кількістю жертв, серед яких чимало дітей... Створюється враження, що на світло вирвалися міфічні чудовиська, жорстокі Слуги смерті, що не знають почуття жалю... Це враження ще більше підкріплюється, коли виявляються факти поїдання ними окремих частин тіла вбитих...» [11, с. 220].

В Україні цих прикладів скільки завгодно. На жаль, криваві «пригоди» Оноприєнка, Куліка, Поліщука відомі всім... Сумнозвісна справа зоотехніка Г. одна з них: «...його прозвали «удавом». Відрізнявся цей «герой» кривавого серіалу любов'ю до хлопчиків, але дуже дивною любов'ю... Починаючи із середини 80-х років в лісових масивах почали знаходити трупи хлопчиків у віці від 10 до 15 років зі слідами катування і знущання. Коли злочинця все ж таки піймали, то навіть у досвідчених сищиків волосся на голові ставали дибом... У бетонному підвалі-бункері гаража, куди Г. заманював своїх жертв, була справжня «лабораторія смерті»... При яскравому електричному освітленні він орудував набором ветеринарних інструментів, а також сокирою, лопатою, шприцом, синтетичною мотузкою... Вбивав, підвішував живих і мертвих на гаки, знімав з них скальпи, розрізав тіла на шматки, вирізав фрагменти м'язових тканин, знімав і засалював шкіру тих, хто опинився в його лігвищі. Вся ця страшна картина відкрилася перед очима слідчого й оперативних працівників, що оглядали підвал Г. Не пройшла повз

уваги й оцинкована ванночка, в яку спускалася кров вбитих. І хоча кров спалювалася за допомогою паяльної лампи, під час її огляду знайшли залишки крові і шматочки препарованої шкіри...» [12].

На думку Ю.М. Антоняна, жорстокість в структурі злочинної поведінки вбивці виступає як засіб його самоствердження. «Муки, катування, знущання, – підкреслює Ю.М. Антонян, – приносять йому неймовірне задоволення, він відчуває всю повноту і велич своєї особистості, підтверджує своє місце в житті... Знищив іншого, злочинець прагне компенсувати всі ті страждання і приниження, які йому довелося пережити раніше...» [13, с. 223–224].

Скільки ж їх, потенційних, ще не пійманих «монстрів» блукають Україною? Точної відповіді на це питання не знає ніхто. Армія сексуальних маніяків швидко росте. Цьому сприяють економічна розруха, корумпована влада і кримінальна злочинність, поширення фонових явищ, зокрема алкоголізму та наркоманії, і насамперед духовна деградація українського суспільства, його моральний занепад.

Як підкреслює психіатр О. Бухановський, людей із психо-сексуальними аномаліями набагато більше, ніж це зафіксовано в статистичних документах. Якщо не будуть прийняті рішучі заходи, то найближчими роками варто очікувати вибуху серійних насильницьких злочинів. І, на жаль, цей сумний прогноз відомого вченого виглядає дуже реалістично, оскільки реалізовується 2-й етап медичної реформи. Не менш жахливим є те, що практика розкриття серійних насильницьких злочинів, які були вчинені сексуальними маніяками, залишає бажати кращого.

На думку Ю.М. Антоняна, під час розробки пошукових портретів злочинців, які вчиняють серійні сексуальні вбивства, варто враховувати те, що за зовнішньою однаковістю серійні сексуальні вбивства істотно відрізняються один від одного. Змпозиції криміналістичної психології можна відокремити такі групи: а) вбивство осіб жіночої статі і підлітків з метою зламати їх опір; б) вбивство з метою схову іншого насильницького злочину (наприклад, вбивство після зґвалтування); в) вбивство, коли злочинець одержує статеве задоволення від муки й агонії своїх жертв (це найбільш небезпечна категорія сексуальних злочинців) [11, с. 165].

Визначити, до якої групи належить злочинець, можна на першій стадії розслідування, що дозволяє побудувати результативний пошуковий портрет серійного сексуального вбивці.

Порівняльний аналіз даних вітчизняних і зарубіжних фахівців, що аналізували поведінку сексуальних маніяків-вбивць, дозволяє зробити висновок про збіг базових характеристик пошу-

кового портрету серійного злочинця, що діє як в Україні, так і з її межами. Насамперед це стосується соціально-психологічних параметрів особистості маніакальних вбивць із сексуальною патологією, а також генези, мотиваційного механізму і закономірностей, що лежать в основі їх протиправної до- і посткримінальної поведінки.

Ця обставина створює передумови для вдосконалення практики боротьби із серійною насильницькою злочинністю на основі міжнародного обміну криміналістичним досвідом, що був накопичений в галузі створення пошукових портретів серійних злочинців. Водночас відкривається можливість для подальшого розвитку наукових досліджень психологів, криміналістів, кримінологів, шляхом взаємообміну ідеями, творчої реалізації емпіричних даних і досягнень закордонних колег.

Як зазначив Е.Г. Самовичев, кримінальна подія в поведінці серійного вбивці реалізується «за механізмом резонансних відносин між хронотипами злочинця і жертви. Вибір жертви є не випадковим. В її тип модулюються істотні риси типу злочинця, хоча форми зовнішнього прояву можуть бути різними» [14].

В Україні поступово застосовується цей криміналістичний метод в практику розслідування серійних насильницьких злочинів. Як фахівець для складання пошукового портрету злочинця (профілера) залучався експерт-психолог. Щодо цього Державним науково-дослідним експертно-криміналістичним центром МВС України був виданий інформаційний лист №19/1-1200 від 3 квітня 2003 року «Про позитивний досвід залучення експерта-психолога до розслідування злочину, застосований в НДЕКІЦ при УМВС України в Миколаївській області». Так, на території м. Миколаєва за період з 8 вересня 2002 року по 23 жовтня 2002 року було скоєно серію з трьох насильницьких злочинів. На вказані злочини у складі слідчо-оперативної групи виїжджала експерт-психолог О. Болотян, яка залучалась криміналістичним центром як спеціаліст для найбільш ефективного та повного огляду та аналізу місця події, а також з метою складання пошукового портрету злочинця для подальшого цілеспрямованого розслідування [15]. За результатами роботи на місці події, перегляду відео-, та фотоматеріалів, опрацювання протоколів оглядів місць подій, висновків судмедекспертів, спеціалістом-психологом були складені пошукові портрети злочинців. Крім того, за фактом вбивства гр. Т. в результаті слідчо-оперативних дій, в тому числі і завдяки роботі експерта-психолога по складанню пошукового портрету злочинця, було затримано гр. Л. 1967 р. н. за підозрою у вчиненні злочинів.

Висновки. З метою підвищення ефективності діяльності правоохоронних органів по розслідуванню серійних насильницьких злочинів, пропо-

нуємо такі рекомендації: 1) розробити принципово нову методику розслідування серійних насильницьких злочинів шляхом складання пошукових портретів злочинців; 2) створити інформаційну базу даних (інформаційно-пошукову систему) про серійних злочинців з урахуванням базових складників пошукового портрету злочинця (стать, вік, сімейний стан, освіта та інший); 3) запровадити нові експертні системи та системи підтримки прийняття рішень для роботи фахівців по складанню пошукових портретів злочинців (профілерів); 4) запровадити обов'язкову реєстрацію серійних злочинців, які мають певні відхилення психічного розвитку; 5) налагодити обмін інформацією про пошукові портрети злочинців зацікавленим відомствам, як в Україні, так і за її межами; 6) організувати відповідні наукові дослідження в галузі створення пошукових портретів злочинців; 7) організувати навчання спеціальних фахівців – психологів-криміналістів, які надаватимуть висновки не тільки щодо розробки пошукових портретів, але й інформацію щодо стратегії затримання і допиту злочинців тощо.

Література

1. Образцов В.А., Богомолова С.Н. Криміналістична психологія. Москва, Юніті, 2002, 444 с.
2. Старушкевич А.В. Криміналістичне профілювання як метод криміналістичного аналізу. *Бюлетень МВС України*. Київ, 2001. №131. С. 52–57.
3. Втюрін Л.А. Нетрадиційні методи розкриття злочинів. *Серійні вбивства і соціальна агресія*. Ростов-на-Дону, Фенікс, 1994. С. 36.
4. Протасевич А.А. Пошуковий портрет злочинця як інтегративна система. І., 1999. 321с.
5. Протасевич А.А., Образцов В.А. Розкриття вбивств. І., 1998. 234 с.
6. Keeny V., Heide K. Gender differences in serial killers. *JIV*, 1994. Vol. 9. P. 383–398.
7. Петухов В.О. Про розробку в Росії психологічних портретів осіб, що вчиняють серійні злочини проти особистості. *Записки криміналістів*. Москва, Юрикон, 1994, Вип.4. С. 5–13.
8. Дуглас Д., Олшейкер М. ФБР проти серійних вбивць. Москва, Кронн-пресс, 1998. 254 с.
9. Lane V., Gregg W. The new encyclopedia of serial killers. L., 1996. P. 456.
10. Гримак Л.П. Методи прикладної психології в розкритті та розслідуванні злочинів. Москва, 1999. 432 с.
11. Антонян Ю.М. Серійні сексуальні вбивства. Москва, 1997. 234 с.
12. Образцов В.А. Серійні вбивства як об'єкт психології і криміналістики. Москва, Омега, 2003. 205 с.
13. Антонян Ю.М. Психологія вбивства. Москва, 1997. 260 с.
14. Самовичев Е.Г. Деякі прикладні питання аналізу серійних злочинів. *Збір. наук. праць НДІ МВС Росії*. Москва, 1993. С. 14–15.
15. Інформаційний лист ДНДЕКЦ МВС України № 19/1-1200 «Про позитивний досвід залучення експерта-психолога до розслідування злочину, застосований в НДЕКЦ при УМВС України в Миколаївській області» від 3 квітня 2003 року.

Анотація

Гусар Л. В. Побудова пошукового портрета серійного злочинця. – Стаття.

Пошуковий портрет злочинців складається здебільшого під час розслідування серійних насильницьких злочинів – зґвалтувань, сексуальних вбивств, ритуальних вбивств. Криміналістична практика розробки і реалізації пошукових портретів серійних злочинців має багаторічну історію. Проте протягом багатьох років всі розшукові слідчі дії та виявлення й викривання злочинців базувались на практичному досвіді й «оперативному відчутті» тих, хто здійснював розслідування.

Залежно від змісту й характеру отриманої інформації пошуковий портрет невідомого злочинця може містити такі дані: загальна характеристика особистості і формуюча мотивація поведінки; звички, схильності, навички та інші індивідуальні ознаки особистості; вікова група; район, де ймовірно проживає злочинець; район місця роботи, служби, навчання; рівень освіти й професійна діяльність; особливості родини та історія особистого життя; сімейний стан і наявність дітей; служба в армії, заняття спортом, робота з людьми; наявність судимості (кримінальна обізнаність); наявність психічної патології; антропологічна і функціональна характеристика.

З метою підвищення ефективності діяльності правоохоронних органів по розслідуванню серійних насильницьких злочинів пропонуємо такі рекомендації: 1) розробити принципово нову методику розслідування серійних насильницьких злочинів шляхом складання пошукових портретів злочинців; 2) створити інформаційну базу даних (інформаційно-пошукову систему) про серійних злочинців з урахуванням базових складників пошукового портрету злочинця (стать, вік, сімейний стан, освіта та інший); 3) запровадити нові експертні системи та системи підтримки прийняття рішень для роботи фахівців по складанню пошукових портретів злочинців (профілерів); 4) запровадити обов'язкову реєстрацію серійних злочинців, які мають певні відхилення психічного розвитку; 5) налагодити обмін інформацією про пошукові портрети злочинців зацікавленим відомствам, як в Україні, так і за її межами; 6) організувати відповідні наукові дослідження в галузі створення пошукових портретів злочинців.

Ключові слова: пошуковий портрет злочинця, серійні злочини, вбивства, фактор часу нападу.

Summary

Husar L. V. Construction of a search portrait of a serial criminal. – Article.

The searching portrait of criminals is folded, in most cases, at investigation of serial crimes of violence raping, sexual murders, ritual murders. The forensic practice of developing and implementing search portraits of serial criminals has a long history. However, for many years, all investigative actions and the detection and detection of criminals were based on the practical experience and “operational sense” of those who carried out the investigation.

Depending on maintenance and character of the got information the searching portrait of unknown criminal can contain such data: general description of personality and forming motivation of behavior; habits, inclinations, skills and other individual signs of personality; age related group; district, where a criminal lives probably; district of job, service, studies; level of education and professional activity; features of family and history of personal life; marital status presence of children; service of military forces, going in for sports, conversation with people; presence of previous convictions (criminal aware-

ness); presence of psychical pathology; anthropological and functional description.

With the aim of increase of efficiency of activity of law enforcement authorities on investigations of serial crimes of violence, offer such recommendations: 1) to work out fundamentally new methodology of investigations of serial crimes of violence by the stowage of searching portraits of criminals; 2) to create an informative data base (information storage and retrieval system) about serial criminals taking into account the base constituents of searching taking into account the base constituents of searching to the portrait criminal (sex, age, marital sta-

tus, education and other); 3) to enter new consulting models and systems of support of making decision for work of specialists on the stowage of searching portraits of criminals; 4) to enter obligatory registration of serial criminals that have certain rejections of psychical development; 5) to put right an exchange information about the searching portraits of criminals to the interested departments, as in Ukraine so after her limits; 6) to organize corresponding scientific researches in industry of creation of searching portraits.

Key words: seach portrait of a criminal, serial crimes, murders, attack time factor.

УДК 343.14

DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.634>**В. Ю. Первій***orcid.org/0000-0003-3131-0610**ад'юнкта кафедри кримінального процесу**Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗЛОВЖИВАННЯМ ВЛАДОЮ АБО СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

Вступ. Основою будь-якого кримінального провадження є сукупність фактичних даних, зібраних та оцінених під час досудового розслідування належним чином. Так само відкритим залишається питання стосовно особливостей доказування за фактом вчинення злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем. Актуальною тенденцією в будь-яких дослідженнях має залишатися взаємозв'язок теорії та практики, саме тому неocenним вкладом у розвиток теорії доказування стосовно службових злочинів є напрацювання певних алгоритмів побудови доказової піраміди й реалізації отриманої інформації практичними працівниками під час розв'язання багатокутних питань у кримінальних провадженнях за фактом зловживання владою або службовим становищем. Повнота досудового розслідування в результаті винайдення всіх фактичних даних, що мають відношення до події конкретного кримінального правопорушення та, як наслідок, покарання винуватих відповідним судовим рішенням, реалізує один із ключових принципів кримінального процесу – принцип невідворотності кримінальної відповідальності.

Метою статті є здійснення всебічного дослідження проблемних аспектів розуміння поняття та змісту доказування в кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою чи службовим становищем, а також детальний аналіз структурних елементів доказування та обставин, що підлягають такому доказуванню.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання щодо формування поняття та змісту доказування в кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем, широко досліджувалося такими науковцями як С.А. Алтухов, М.І. Ануфрієв, О.Ф. Бантишев, В.П. Бахін, Р.С. Белкін, О.М. Васильєв, А.Ф. Волобуєв, Б.В. Волженкін, А.В. Галахова, О.Ф. Гіда, В.Г. Гончаренко, Є.В. Додін, А.А. Жижиленко, Б.В. Здравомислов, А.Ф. Зелінський, А.В. Іщенко, В.Ф. Кириченко, В.П. Коваленко, В.О. Коновалова, Г.А. Матусовський, М.М. Михеєнко, В.Ю. Шепітько й іншими вченими. Але, незважаючи на досить високий ступінь розробленості теми, існують питання, які ще не досліджені повною мірою.

Виклад основного матеріалу дослідження. Сучасне кримінальне законодавство містить чимало складів злочинів, за які передбачено відповідні види покарання. Зокрема, 17 розділ Кримінального кодексу України (далі – ККУ) передбачає криміналізовані суспільно небезпечні діяння, які вчиняються у сфері службової та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг [1]. Власне, ці суспільні відносини й є об'єктом роботи, яка пов'язана з дослідженням процесу доказування та необхідності отримання тих фактичних даних, які надалі утворюватимуть матеріали кримінального провадження стосовно злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем. Для вітчизняної кримінальної практики випадки вчинення вищезазначених злочинів не поодинокі, а тому відбувається і судова практика із цього питання. Таким чином, за перше півріччя 2020 року судами України першої інстанції та Вищим антикорупційним судом було винесено 9 вироків за ч. 1, 2 ст. 364 Кримінального кодексу України (Зловживання владою або службовим становищем) і ст. 364-1 ККУ, 29 вироків за ст. 369-2 ККУ (Зловживання впливом), 3 вироків за ст. 365 ККУ (Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу), 27 вироків за ст. 366 ККУ (Службове підроблення), 20 вироків за ст. 367 ККУ (Службова недбалість) і 44 вироків за ст. 368 ККУ (Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди особою) тощо [1; 2].

Поряд із виявленням і кваліфікацією правопорушення, про вчинення якого було повідомлено або самостійно виявлено з будь-якого джерела, виявлення обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення слідчим або прокурором, важливим елементом реалізації принципу кримінального процесу – невідворотності кримінальної відповідальності, є проведення досудового розслідування. З боку кваліфікації вчинених суспільно небезпечних діянь для подальшого кримінального провадження та вибору варіанту доказування, для встановлення кримінально-правового механізму службового діяння необхідно розглянути:

– чи відбувалося порушення службовою особою зумовлених службовим становищем обов'язків;

– внаслідок яких дій службової особи була заподіяна істотна шкода державним або суспільним інтересам, що охороняються законом, правам та інтересам громадян, інтересам суб'єктів економічної діяльності тощо;

– чи був причинний зв'язок між злочинним діянням службової особи й наслідками, що наступили [3].

Доцільно зауважити, що для кваліфікації вчиненого кримінального правопорушення з метою подальшого досудового розслідування важливе визначення способу такого діяння. Таким чином, використання наданих повноважень, свого становища, застосування наданих повноважень проти покладеного обов'язку й всупереч інтересам служби є загальною ознакою будь-якого зловживання владою або службовим становищем [4].

У процесі дослідження встановлено, що фактично зловживання владою або службовим становищем або ж перевищення службових повноважень (на думку багатьох вітчизняних науковців воно є елементом зловживання владою, а конкретно В.І. Соловйов вважає, що «<...> перевищення службових повноважень мислимо як результат використання службовими особами свого становища <...>») є порушенням службовою особою закону, формальних меж наданих їй прав [5]. У такому випадку корисно звернутися до ч. 2 ст. 19 Конституції України, яка зазначає: «Органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» [6].

Наголосимо, що доказування – це процес отримання, належного оформлення, оцінки й застосування доказів у рамках кримінального провадження на стадії досудового розслідування за фактом вчинення певного кримінального правопорушення. Докази як фактичні дані спрямовані на відтворення реальної картини подій минулого, тому що діяльність слідчого має ретроспективний характер, а тому чи не єдиним інструментом завжди буде доказова база. Крім того, докази мають вагомое значення в процесі досягнення цілей судочинства й виконання завдань кримінального процесу, тому що від кількості та якості отриманої інформації залежить, наприклад, повнота й швидкість досудового розслідування. На думку більшості видатних вітчизняних вчених-процесуалістів, питання доказів і доказування було й залишається важливим, фактично епіцентром системи кримінального процесу.

У теорії доказів незмінне уявлення про доказування як вид пізнання обставин злочину, тому що вони мають значення в розслідуванні кримінального правопорушення, а емпіричний матеріал, зібраний під час дослідження події правопорушення, становитиме матеріали кри-

мінального провадження. Вивчаючи об'єкт дослідження, уповноважені на це службові особи доходять висновку про здатність особи вчинити певний вид суспільно небезпечного діяння або бездіяльності. Таким чином поєднуються всі рівні пізнання – чуттєве й раціональне начала людської оцінки побаченого й відчутого, а також об'єктивізм, притаманний, зокрема, слідчому, прокурору, експерту, спеціалісту тощо.

Відповідно до положень чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) обов'язок доказування покладається на слідчого, прокурора, а у визначених Кодексом випадках – на потерпілого [7]. Проте доречно звернути увагу на те, що саме поняття «обов'язок доказування» можна тлумачити так: обов'язок збирати, перевіряти й оцінювати докази з метою встановлення істини й обов'язок обґрунтовувати свої висновки, посилаючись на отримані фактичні дані в процесі розслідування.

Отже, процес доказування визначається індивідуально по кожному кримінальному провадженню, тому що ситуаціям вчинених суб'єктами кримінальних правопорушень відповідають різні обставини, а тому докази, які необхідно отримати для доведення винуватості тієї чи іншої особи, різняться між собою. Усталеним залишається лише порядок оформлення отриманих доказів із тим, щоб вони були визнані під час судового розгляду допустимими, належними й отриманими законним шляхом.

Те саме стосується і доказування в рамках кримінальних проваджень щодо кримінальних правопорушень, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем. На думку багатьох вчених, службові злочини часто мають непростий процес отримання фактичних даних для подальшого долучення до матеріалів кримінального провадження.

Розслідуванню злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем, як і всім іншим видам цієї стадії, притаманна плановість та організованість, що є факторами коефіцієнту корисної дії з'ясування всіх обставин. Дослідження доводить, що процес збирання доказів нерозривно пов'язаний з основними елементами організації розслідування, а саме: побудовою версій, від чого залежить формування необхідності отримання тих чи інших фактичних даних із певних джерел у залежності від змодельованої слідчим ситуації; виходячи зі сформованих версій, службовій особі належить сформулювати питання, які підлягатимуть подальшому вивченню, та відшукати обставини, які сприяли зловживанню владою або службовим становищем; визначенням необхідних у кримінальному провадженні слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій, що становитимуть значну частку інфор-

мації, яка надалі представлятиметься доказами в суді. Крім того, не менш важливим для слідчого є встановлення предмета доказування.

Доцільно звернути увагу на те, що для успішного розслідування кримінального правопорушення та покарання винних слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані встановити наявність події кримінального правопорушення, його вид, учасників і всі обставини, що мають значення для законного й обґрунтованого розв'язання кримінального провадження, що робиться з метою захисту й відновлення порушених прав потерпілих від кримінально караного діяння. Зокрема, це стосується пошуку всіх необхідних доказів, їх належної оцінки й оформлення.

Метою кримінального процесуального пізнання є одержання знання про факти, що підлягають встановленню в кримінальному провадженні. У теорії доказів поняття доказування визначається як соціальне пізнання події минулого за допомогою здійснення певних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень: проведення огляду, допиту, слідчого експерименту, експертного дослідження тощо [8, с. 5].

Доречно зауважити, що процес доказування – це діяльність особливої процесуальної форми. Суб'єкт доказування, який встановлює через докази обставини в кримінальному провадженні, переходить від сприйняття окремих фактів, інформації про них під час проведення окремих процесуальних дій (чуттєво-практичний аспект пізнання) до логічного осмислення сприйнятого (гносеологічний аспект сприйняття) [8, с. 5].

Як зазначалось раніше, дослідження спрямоване на вивчення змісту доказування в злочинах, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем. Саме тому необхідно звернути увагу на оцінці поняття, що обов'язково слід встановлювати за конкретними обставинами в кожному кримінальному провадженні за фактом злочинів цього типу. На корисливий мотив та істотну шкоду як базові складові частини об'єктивної сторони суспільно небезпечного діяння звернена увага далі за текстом, а зараз існує потреба схарактеризувати зміст поняття «використання влади чи службового становища всупереч інтересам служби» як не менш важливу складову частину об'єктивної сторони діяння, передбаченого ст. 364 КК України [1].

Під час дослідження вироків за ч. ч. 1, 2 ст. 364 КК України, в яких вказано «всупереч інтересам служби» як один із ключових елементів інкримінування злочину зловживання владою або службовим становищем, і порівнявши тексти вироків Вищого антикорупційного суду у справі № 766/16775/17 від 07 липня 2020 р. і Богородчанського районного суду Івано-Франківської області від 05 серпня 2020 р. тощо, виявлено, що таке словосполучення означає небажання служ-

бової особи зважати на покладені на неї законом чи іншим нормативно-правовим актом обов'язки, дії всупереч їм, відхилення будь-яких службових інтересів, які йдуть всупереч особистим інтересам особи. Такі дії незаконні, такі, що не сприяють реалізації цілей і завдань апарату управління відповідного органу, підприємства, установи або організації. Саме для втілення функціоналу цих апаратів і наділяються відповідними повноваженнями службові особи. У випадку нехтування своїми посадовими обов'язками або використання повноважень або їх зловживання можна зазначити, що така особа діє всупереч інтересам служби.

У вироків судів часто йдеться про обов'язковість дослідження та детального вивчення компетенції службової особи, її прав, обов'язків, меж відповідальності для встановлення того, чи належали певні дії до кола її обов'язків, чи мала особа вчинити в інший спосіб та чи були таке рішення, дія чи бездіяльність незаконними. Суди зазначають, що органи досудового розслідування часто нехтують і залишають поза увагою цю невіддільну складову частину об'єктивної сторони [9].

Зловживаючи службовим становищем або наданими їй владними повноваженнями, особа порушує принцип законності, а також методи роботи державного чи громадського апарату, а тому завданням дослідження є доведення факту, що ознака об'єктивної сторони злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем «всупереч інтересам служби», ключова для доказового процесу й інкримінування суспільно небезпечного діяння конкретній особі. Крім того, завжди необхідно звертати увагу на те, який саме нормативний припис порушила особа, діючи всупереч інтересам служби, тому що діяльність будь-якої посадової особи регламентується законами, підзаконними нормативно-правовими актами, статутами, посадовими інструкціями, різних видів договорами, а тому, зловживаючи повноваженнями, особа не може не порушити будь-який нормативно-правовий акт, який регулює та визначає вектори посадової діяльності.

З вищезазначеного випливає, що органи досудового розслідування в кримінальних провадженнях за фактом зловживання владою або службовим становищем зобов'язані з'ясувати межі повноважень, компетенцію посадової особи в конкретному питанні, встановити, чи могла вона вчинити в інший спосіб та який саме нормативно-правовий акт порушено. Зокрема, під час вивчення пункту про порушення конкретного правового припису варто звернути увагу на межі дискреційних повноважень, тобто належним чином дослідити можливість дії особи не з особистого інтересу, а з дозволу закону, який вказує, що службова особа «може», «має право», «на власний розсуд», «встановлює», «визначає» тощо.

Слід зазначити, що засобами доказування в процесі первинного вивчення матеріалів за фактом правопорушення можуть стати норми закону, які було порушено внаслідок неправомірних дій посадової особи. Власне, така інформація і є підґрунтям для побудови доказової піраміди, адже від неї походять докази, що підтверджують використання влади або службового становища всупереч інтересам служби або істотну шкоду тощо.

Досить важливим моментом у процесі доказування винуватості або невинуватості особи у вчиненні злочину, передбаченого ст. 364 КК України, є дослідження розміру завданої внаслідок неправомірного діяння шкоди, тому що натепер істотна шкода, завдана зловживанням владою або службовим становищем носить виключно майновий характер.

Питання щодо наявності в діях особи складу злочину, передбаченого ст. 364 КК України, має бути чітко встановлено й доведено, що саме вчинення службового злочину стало причиною певних наслідків, які повинні піддаватися грошовій оцінці. Відповідно до диспозиції згаданої статті заподіяні наслідки повинні мати форму прямої дійсної шкоди, тобто шкоди, яка вже настала, є закономірним і необхідним результатом зловживання владою або службовим становищем всупереч інтересам служби.

Разом із цим втрачена вигода, неодержані доходи полягають у позбавленні можливості отримання коштів у майбутньому. Однак слідчий має пам'ятати, що така гіпотетична, можлива лише в майбутньому шкода може бути предметом цивільноправового спору як упущена вигода й не повинна враховуватися як злочинний наслідок.

Від травня 2014 р. змінено примітки 3 і 4 до ст. 364 КК України. Зміна примітки 4 полягає в тому, що в статтях про перевищення влади або службових повноважень, зловживання владою або службовим становищем, службову недбалість істотна шкода або тяжкі наслідки носять суто матеріальний характер. Стосовно такої позиції законодавця досі в наукових колах точаться дискусії та існують думки щодо неправильності такої позиції, тому що, виходячи з обставин конкретної ситуації, істотна шкода може набувати й нематеріального характеру. Незважаючи на це, слідчий як службова особа зобов'язаний діяти в рамках закону, а тому під час збирання та оцінки доказів варто зауважити, що зловживання владою є злочином тоді, коли службова особа, яка його вчинила, заподіяла шкоду у вигляді 100 або більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) або тяжкі наслідки у вигляді 250 або більше НМДГ [1].

Якщо істотна шкода натепер розуміється виключно як матеріальна категорія, то її необхідно якимось чином вимірювати.

Примітка 3 до ст. 364 КК України: «Істотною шкодою у ст. ст. 364, 364¹, 365, 365², 367 вважається така шкода, яка в сто й більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян» [1]. У Перехідних положеннях Податкового кодексу України зазначено, що для цілей застосування всього законодавства України один неоподатковуваний мінімум доходів громадян дорівнює 17 гривень, крім норм адміністративного й кримінального законодавства в частині кваліфікації відповідних правопорушень [10]. У такому випадку розмір завданої шкоди обраховується відповідно до положень про податкову соціальну пільгу (ПСП = 50% прожиткового мінімуму для працездатних громадян).

Відповідно до чинного на 2020 р. прожиткового мінімуму для працездатних громадян, істотна шкода, завдана суспільно небезпечним діянням, передбаченим ст. 364 КК України, становить:

$$2\ 102 / 2 = 1051 \text{ (грн)}$$

$$1051 * 100 = 105\ 100 \text{ гривень і більше.}$$

Тяжкі наслідки, завдані злочинами, пов'язаними зі зловживанням владою або службовим становищем, становлять:

$$1051 * 250 = 262\ 750 \text{ гривень і більше.}$$

Судовій практиці відомі випадки, коли стороною захисту доводить, що підзахисний, який обвинувачується у вчиненні злочину, пов'язаного зі зловживанням владою або службовим становищем, не є службовою особою, а отже не може бути суб'єктом такого злочину. Пояснюється це тим, що певне підприємство, установа або організація не є державним підприємством, проте переважно суд вважає такі твердження хибними й не бере їх до уваги. Відповідно до ч. 3 ст. 18 КК України, службова особа обіймає посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій тощо [1]. Це вказує на те, що такі ознаки є одними з ключових у понятті службової особи та спільні для багатьох посад як державних органів, так і юридичних осіб приватного й публічного права, осіб, які надають публічні послуги тощо.

Зміст доказування в кримінальних провадженнях за фактом кримінальних правопорушень, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем, складається не тільки з аналітичного дослідження вищезазначених елементів у вигляді істотної шкоди охоронюваним правам та інтересам, тяжких наслідків, діянні службової особи всупереч інтересам служби, а до того ж містить необхідність збору інших фактичних даних, що надалі є доказами в конкретному провадженні.

Традиційним збором доказової бази за фактом будь-якого кримінального правопорушення є отримання показань зі сторони підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, експерта стосовно відомих їм обставин, що мають значен-

ня для подальшого розслідування. Таким чином, показання можуть носити часто корисний інформативний характер. Показання є ідеальними слідами, а тому вони можуть бути як правдивими, так і сумнівними. Це залежить не тільки від добросовісності того, хто їх надає, але й від здібностей людини до запам'ятовування окремих важливих деталей.

Найпоширенішим видом фактичних даних у такому кримінальному провадженні є документ, тому що винуватість або невинуватість особи доводиться стороною обвинувачення шляхом збору документальних підтверджень незаконної діяльності. До таких документів належать: матеріали фотозйомки, відеозапису, матеріали на електронних носіях інформації; носії інформації, на яких зафіксовано процесуальні дії. Матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб і груп, також є документами й можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази. Доказами в кримінальному провадженні також є фінансово-звітна документація, результати перевірок і довідкова документація.

Як доказовий матеріал використовуються результати експертних досліджень, серед яких судово-економічна експертиза, експертиза комп'ютерної техніки й програмних продуктів тощо.

Кінцевою метою будь-якого кримінального провадження є встановлення об'єктивної істини в ньому. Задля цього необхідне з'ясування обставин, які підлягають доказуванню в кримінальних провадженнях, а також здійснення їх повного й всебічного розгляду.

Висновки з дослідження. Питання щодо формування поняття та змісту доказування в кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем, актуальне не тільки для науковців, проте й для практичних працівників, особливо це пов'язано з модернізацією законодавства в цьому напрямі. Зміст доказування в кримінальних провадженнях за фактом кримінальних правопорушень, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем, складається не тільки з аналітичного дослідження вищезазначених елементів у вигляді істотної шкоди охоронюваним правам та інтересам, тяжким наслідкам, діянні службової особи всупереч інтересам служби, але поряд із цим містить необхідність збору інших фактичних даних, що надалі є доказами в конкретному провадженні.

Література

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 р. № 2341-III (в редакції від 12 вересня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 15.09.2020).

2. Єдиний реєстр судових рішень: офіційний вебсайт. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 15.09.2020).

3. Розслідування злочинів у сфері службової діяльності (службові злочини). URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI/1_DISK1/KRIM/html/%D0%93%D0%BB%D0%B0%D0%B2%D0%B0_29.htm (дата звернення: 15.09.2020).

4. Анісімов Г.М. Особливості кваліфікації злочинів, що вчиняються шляхом зловживання службовим становищем. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014. № 2 (3). С. 250–268. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/07/3_21.pdf (дата звернення: 22.08.2020).

5. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо усунення необґрунтованої деталізації кримінально-правових заборон» від 16 лютого 2012 р. № 10072. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/GF7RS00A?an=3> (дата звернення: 22.08.2020).

6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (у редакції від 01 січня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 22.08.2020).

7. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI (у редакції від 11 вересня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 22.08.2020).

8. Фаринник В.І. Особливості формування доказів та доказування в кримінальному судочинстві України. Харків : Фактор, 2013. 96 с.

9. Одинець І.І. Злочин «на власний розсуд». *Закон і бізнес* : вебсайт. URL: https://zib.com.ua/ua/print/136630-diskreiyani_povnovazhennya_viklyuchayut_kvalifikaciyu_diy_sl.html (дата звернення: 22.08.2020).

10. Податковий кодекс України : Закон України від 02 грудня 2010 р. № 2755-VI (у редакції від 13 серпня 2020 р.) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (дата звернення: 22.08.2020).

Анотація

Первій В. Ю. Доказування у кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем: поняття та зміст. – Стаття.

У статті викладено основні положення, які стосуються теорії доказування взагалі й дослідження набору фактичних даних, які повинні бути вивчені уповноваженою службовою особою під час розслідування кримінального провадження за фактом зловживання владою або службовим становищем. Проведено всебічне дослідження проблемних аспектів розуміння поняття доказування в кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою чи службовим становищем, а також детальний аналіз структурних елементів доказування та обставин, що підлягають такому доказуванню. Розкрито особливості доказування за фактом вчинення злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем. Вивчено зміст доказування в злочинах, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем, а також звернуто увагу на питання визначення розмірів істотної шкоди й тяжких наслідків. Зазначено, що зміст дока-

зування в кримінальних провадженнях за фактом кримінальних правопорушень, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем, складається не тільки з аналітичного дослідження вищезазначених елементів у вигляді істотної шкоди охоронюваним правам та інтересам, тяжким наслідкам, діянні службової особи всупереч інтересам служби, але поряд із цим містить необхідність збору інших фактичних даних, що надалі є доказами в конкретному провадженні. Авторкою акцентовано увагу, що актуальною тенденцією в будь-яких дослідженнях має залишатися взаємозв'язок теорії та практики. Саме тому неопіненним вкладом у розвиток теорії доказування стосовно службових злочинів є напрацювання певних алгоритмів побудови доказової піраміди й реалізації отриманої інформації практичними працівниками під час розв'язання багатокутних питань у кримінальних провадженнях за фактом зловживання владою або службовим становищем.

Ключові слова: зловживання владою або службовим становищем, доказування, зміст доказування, злочини у сфері службової діяльності, обставини, що підлягають доказуванню, істотна шкода, тяжкі наслідки.

Summary

Pervii V. Yu. Evidence in criminal proceedings of crimes related to abuse of power or official position: concept and content. – Article.

The article sets out the main provisions concerning the theory of evidence in general and the study of actual data to be studied by the authorized official during the investigation of criminal proceedings for abuse of power

or official position. A comprehensive study of the problematic aspects of understanding of the concept of evidence in criminal proceedings of crimes related to abuse of power or official position was carried out, as well as a detailed analysis of the structural elements of evidence and the circumstances to be proven. Special features of evidence of committing crimes related to abuse of power or official position are revealed. The content of evidence in crimes related to abuse of power or official position was studied, as well as attention was drawn to the issue of determining the amount of essential damage and heavy consequences. It is noted that the content of evidence in criminal proceedings of crimes related to abuse of power or official position consists not only of analytical studies of the above mentioned elements in the form of essential damage to protected rights and interests, heavy consequences, actions of an appointed official contrary to the interests of the service, but also contains the need to collect other actual data, which are further evidence in a particular proceeding. The author emphasizes that the current trend in any research should remain the coordination of theory and practice. That is why an invaluable contribution to the development of the theory of evidence in relation to official crimes is certain algorithms for developing an pyramid of evidence and realization of the received information by practitioners in solving polygonal questions on criminal proceedings on the fact of abuse of power or official position.

Key words: abuse of power or official position, evidence, content of evidence, crimes in the sphere of official activity, facts to be proven, essential damage, heavy consequences.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 347.793-044.44(045)
DOI <https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i4.635>

О. В. Костира
orcid.org/0000-0001-9300-8957
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри морського права
Національного університету «Одеська морська академія»

**ЛІДЕРСТВО В БАГАТОНАЦІОНАЛЬНОМУ ЕКІПАЖІ:
ВИМОГИ МІЖНАРОДНОЇ МОРСЬКОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ**

Постановка проблеми. Лідерство й керівництво (менеджмент) у морських екіпажах мають свої особливості й відрізняються від менеджменту берегових організацій. Морські судна слід віднести до числа найбільш специфічних населених виробничих об'єктів, екіпажі яких через єдність праці й відпочинку безперервно, цілодобово, протягом багатьох тижнів і місяців плавання схильні до дії складного комплексу несприятливих природних, виробничих і побутових фізичних, хімічних, біологічних і психосоціальних факторів [1, с. 11].

Для сучасного мореплавання звичайним стало життя та робота на борту судна людей, що спілкуються різними мовами, вихідців із різних країн, із різними культурним рівнем і професійною підготовкою, віросповіданням і морально-етичними орієнтирами, з різним менталітетом. Усе це призводить до виникнення конфліктів і стресів, і в результаті впливає на безпечну експлуатацію суден. Проблема лідерства на сучасному флоті зумовлюється необхідністю підвищення рівня безпеки міжнародного морського судноплавства [2].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У своїх працях проблему лідерства й менеджменту в багатонаціональному екіпажі в більшій чи меншій мірі викладали такі автори: А.А. Даниленко, О.А. Істоміна, В.П. Пугачов, В.П. Топалов, В.Г. Торський, Л.А. Позолотін, О.П. Безлуцька й інші.

Нині бракує системних досліджень із питання особливостей лідерства в багатонаціональному екіпажі й впливу лідерських якостей командного складу на підвищення безпеки на морі.

Метою статті є аналіз вимог Міжнародної морської організації щодо формування лідерських якостей командного складу судна й з'ясування особливостей лідерства в міжнародному морському екіпажі.

Виклад дослідження. Відповідно до вимог переглянутої Міжнародної Конвенції зі стандартів підготовки, дипломування моряків і несення

вахти (далі – ПДНВ) й однойменного Кодексу (ПДНВ-95) зі змінами й доповненнями, внесеними Манільськими поправками від 25 червня 2010 року, судові спеціалісти операторського рівня (вахтові офіцери-судноводії та механіки) повинні не лише мати відповідні професійні знання та практичні навички, але й вміти піклуватися про здоров'я, безпеку підлеглих і членів екіпажу, забезпечувати виконання чинних дисциплінарних правил, підтримувати в судовому колективі обстановку взаєморозуміння, доброзичливості, взаємовиручки, дотримання громадських норм і людських відносин [3].

Дуже важливо в багатонаціональному екіпажі неупереджено ставитися до вихідців з інших країн і винищувати зневажливе або неприязне ставлення до них із боку інших членів екіпажу. Необхідно однаково працювати з людьми різних національностей, не виділяючи нікого залежно від раси, кольору шкіри, релігії, культури тощо. Слід брати до уваги труднощі налагодження відносин із різними етнічними групами на борту судна й вміти підібрати «ключик» до встановлення довірчих і доброзичливих відносин із ними, тобто створювати єдиний колектив (команду), здатний успішно розв'язувати виробничі проблеми. Тут потрібний індивідуальний підхід залежно від конкретних особливостей людей, рейсу, умов тощо.

Потрібно враховувати несумісність характеру окремих членів екіпажу, навіть вихідців з однієї країни, внаслідок регіональних, релігійних, політичних та інших відмінностей та особливостей. У результаті створюється синдром «це не моя робота» (“not my job”), який в умовах надзвичайної обстановки може спричинити небезпечні наслідки.

Помітна відмінність між людьми з різних країн – їхнє ставлення до влади й встановлених правил. Це найважливіший момент під час укомплектування торговельних суден.

Крім того, стосовно впливу культурних відмінностей на організаційні структури й стиль керівництва існує ще низка чинників, які слід врахувати:

1. Релігія. У ісламських і католицьких країнах релігія відіграє важливу роль у суспільстві й повсякденному житті. Це, як правило, відбивається в практиці роботи й відносинах на борту, питаннях харчування тощо.

2. Менталітет. Саме різні ментальні установки створюють проблеми в сприйнятті й спілкуванні всередині багатонаціонального екіпажу. Менталітет – це історично зумовлений феномен, який входить до структури психіки людини. Ментальність кожної людини визначається типом суспільства, в якому вона живе, особливостями національної культури. Відносини людей із різними типами менталітету ускладнюються різним розумінням суті проблем, що виникають у ході їхньої професійної діяльності й особистого спілкування. Кожен із членів багатонаціонального екіпажу повинен розуміти, що його ментальні установки відрізняються від установок вихідців інших країн, тому необхідно проявляти толерантність до національних і ментальних особливостей інших, а також враховувати цей чинник у процесі трудової діяльності.

3. Етнічні стереотипи. Наш менталітет має вирішальне значення в процесі сприйняття інших народів. Саме він формує стереотипи в стилі життя та поведінці представників інших культур. Існують дві форми стереотипів – це автостереотипи (як люди думають про себе та як сприймають свою культуру) й гетеростереотипи (як люди думають про ті риси, які притаманні, з їхньої думки, іншому народові). Під етнічним стереотипом заведено розуміти узагальнене уявлення про зовнішність, розумові й фізичні здібності представників різних народів. Під категорію стереотипізації кожного народу потрапляють вербальне й невербальне (міміка, жести, рухи тіла) спілкування, національний характер, поведінка в соціальних ситуаціях, особливості побуту, обряди. Стереотипи викликають етнічні симпатії та антипатії, які визначають поведінку людей у багатонаціональному екіпажі. Велику роль у пом'якшенні й подоланні стереотипів відіграють особисті контакти, спільна трудова діяльність, яка дозволяє побачити конкретну людину й подолати негативний вплив стереотипів.

4. Корупція. У тій чи іншій формі корупція існує в усіх країнах світу. Одна відмінність: в одних країнах вона більш відкрита, ніж в інших. У деяких країнах третього світу, звідки йдуть за найманням моряки, вони інколи повинні платити солідну суму із зароблених грошей за надання їм роботи й за відправлення на судно. І вони платять, доводячи свою толерантність відносно до працевластача та резервуючи тим самим право знову от-

римати роботу на іншому судні після повернення з відпустки. За цих умов члени екіпажу прагнуть залишатися на одному судні якомога довше, тому що не можуть дозволити собі піти у відпустку, відпрацювавши відносно короткий контракт, знаючи, що для того, щоб знову отримати роботу, їм доведеться ще раз платити за відправлення [4, с. 109].

Відповідно до Конвенції ПДНВ-78/95 вимагається, щоб усі члени багатонаціонального екіпажу володіли як мінімум професійною англійською мовою, яка не завжди є також і загальносудновою мовою спілкування осіб різних національностей. Специфічні умови праці, екстремальні умови плавання, роботи й життя на борту судна нерідко в умовах небезпеки й дефіциту часу не залишають шансів на пояснення своїх мотивів вчинків і вимог, передбачаючи єдиноначальність, і зумовлюють те, що стилем керівництва, який найчастіше використовується на судах, є авторитарний. Особливого значення цей аспект набуває в умовах роботи й спілкування в багатонаціональному екіпажі, коли обговорювані питання виходять за рамки обов'язкових вимог, викладених у стандартному морському словнику ("Standard Marine Vocabulary"), додатково ускладнюючи можливість висловитися та бути зрозумілим в екстремальних ситуаціях [5].

У судовому екіпажі, як і в кожному колективі, бувають формальні й неформальні лідери. Поряд із формальним підрозділом, на судні між членами екіпажу виникають неформальні відносини й можуть складатися неформальні групи зі своїми лідерами. Утворенню таких груп сприяє ряд факторів у житті й роботі судна: спільність інтересів, рівень знань, вік, стаж роботи, звички [6, с. 161].

Відносно до адміністрації судна неформальний лідер може бути позитивним, нейтральним, негативним.

Формальне лідерство на судні існує на різних рівнях. Опис таких рівнів наведено в Кодексі ПДНВ із Манільськими поправками 78/95 [7].

Рівні відповідальності визначені на трьох рівнях (levels):

1. Управління (management) означає рівень відповідальності, пов'язаний із:

а) роботою як капітана, старшого помічника капітана, старшого механіка або 2-го механіка;

б) забезпеченням того, що всі функції в межах визначеної сфери відповідальності виконуються належним чином. Це особи, які відповідають за виконання обов'язків екіпажем.

2. Експлуатація (operational) означає рівень відповідальності, пов'язаний із:

а) роботою на посаді вахтового помічника капітана або вахтового механіка суден із періодично безвахтовим обслуговуванням машинного відділення або роботою радіооператора на морському судні;

б) здійсненням безпосереднього контролю за виконанням усіх функцій у межах визначеної сфери відповідальності щодо належних процедур і під контролем особи, яка працює на рівні управління в цій сфері відповідальності. Це помічники капітана, механіки, радисти, особи, що забезпечують навігаційну, машинну вахту або радіовахту, виконання робіт з обслуговування судна, вантажних операцій.

3. Допоміжний (support) означає рівень відповідальності, пов'язаний із виконанням призначених завдань, обов'язків, або відповідальності на морському судні під контролем особи, що працює на рівні експлуатації або управління. Це рядовий склад, що бере участь у несенні навігаційної або машинної вахти, вахти в порту, у вантажних операціях, обслуговуванні судна тощо.

На конференції Міжнародної морської організації (далі – ІМО), що відбулася в травні 1994 року в Лондоні, були прийняті поправки до Міжнародної конвенції з охорони людського життя на морі (СОЛАС-74) і Резолюції про додавання нових глав до СОЛАС. Додаток 2 вимагає введення Міжнародного кодексу безпечної експлуатації суден як ІХ глави «Управління безпечної експлуатації суден» [8, с. 4].

Система управління якістю та безпекою, якої потребує Міжнародний кодекс з управління безпекою (далі – МКУБ), реалізовується наявністю низки документів – Настанов, в яких визначаються в деталях дії суднового персоналу стосовно безпеки й запобігання забрудненню та визначаються рівні відповідальності відповідно до Системи Управління Безпекою (далі – СУБ).

СУБ передбачає, що судновий персонал досить підготовлений і здатний урегулювати всі конкретні потенційно небезпечні ситуації, не доводячи до виникнення реальної небезпеки.

У Настановах з аварійних процедур наведено стислий опис дій, яких необхідно вживати в аварійній ситуації та які забезпечують безпеку екіпажу, судна й вантажу й відповідають офіційним вимогам із запобігання забрудненню та правилам належної морської практики.

Кожна така Настанова передбачає наявність особи, відповідальної за виконання вимог цього документа.

МКУБ (ISM Code) – це стандарт із впровадження системи управління безпечною експлуатацією суден і запобігання забрудненню. У Розділі 3 документу зазначаються відповідальність і повноваження компанії. Компанія повинна мати достатню та підготовлену кількість персоналу (в офісі й на суднах) із чітким розподілом ролей і відповідальності (хто й за що несе відповідальність).

У Розділі 5 особливо вказується на відповідальність і повноваження капітана. Капітан несе відповідальність за те, щоб СУБ на судні ефективно працювала. Він повинен допомагати екіпажу

в дотриманні цієї Системи й надавати йому чіткі зрозумілі інструкції (поради, накази) там, де це необхідно. Капітан є єдиначальником на судні й має право розв'язувати від імені Компанії всі питання безпеки й запобігання забрудненню.

Розділ 6 визначає вимоги до екіпажу судна й персоналу Компанії. Компанія повинна наймати кваліфікованих людей на судна й в офіс і робити все необхідне, щоб кожен із них:

- а) знав свої обов'язки;
- б) отримував необхідні інструкції;
- в) проходив навчання та тренування [9].

Особливості управління морським колективом задаються насамперед Системою управління безпекою, в якій визначена система відносин, а надалі – особливим характером умов морської праці. З боку стилістики керівництва це приводить до таких наслідків:

1) формування авторитарного стилю керівництва, коли капітан не може дозволити собі в екстремальних ситуаціях збирати нараду, щоб порадитися зі старшими офіцерами про те, як йому вчинити, й тому остаточне рішення він приймає самостійно, беручи на себе всю відповідальність за можливі наслідки;

2) оскільки стиль керівництва спочатку «вимушено» контактний, то для ефективного й успішного управління екіпажем капітан нерідко спеціально дистанціюється від підлеглих. Це здійснюється декількома способами:

– капітан «віддаляється» просторово, тобто пересувається лише по певних «зонах» надбудови й палубах;

– капітан обмежує коло спілкування – розмовляючи й у справі, й з особистих питань тільки з обмеженою кількістю людей, не вступаючи в контакт з іншими членами екіпажу.

Дистанціювання керівника призводить до появи «аури таємничості» навколо його персони таким чином, що він через нестачу зовнішніх вражень на судні починає викликати надмірний інтерес членів екіпажу, виключаючи зі сфери звичного нормального спілкування можливі випадкові або вимушені контакти з капітаном.

Такий стан речей пов'язаний не лише й не стільки з передбаченою статутною системою відносин (СУБ). Психологічні дослідження показали, що в екстремальних умовах (із низьким ступенем контролю людини над довкіллям) найуспішнішими керівниками є саме авторитарні. Іншими словами, самі умови морської праці з періодично утворюваними екстремальними ситуаціями сприяють формуванню авторитарного стилю керівництва.

Це потребує від морських спеціалістів уміння чітко розмежовувати ділову сферу й особисту, формальну й неформальну, що не завжди виходить і вдається – в результаті з'являються образа, роздратування та злість.

Капітан повинен забезпечити, щоб його офіцери й команда керували судном і підтримували його в безпечному й морехідному стані найефективнішим чином. Чимало із цих аспектів потребують технічних навичок, але вєдино їх об'єднують людські якості, й саме тут лідерство відіграє вирішальну роль.

Не досить володіти тільки технічною кваліфікацією, необхідно також мати ґрунтовні знання у сфері діяльності організації (судноплавстві).

Важливою чеснотою капітана є його професійна підготовка, глибоке розуміння цілей, завдань та умов судноплавства; лише за таких умов він може здійснювати ефективне керівництво судном та екіпажем і бути керівником.

Керівник – особа, на яку офіційно покладені функції управління колективом та організації його діяльності. Керівник несе юридичну відповідальність за функціонування групи (колективу) перед інстанцією, що призначила (обрала, затвердила) його, й володіє строго визначеними можливостями санкціонування – покарання та заохочення – підлеглих для впливу на їхню виробничу активність. Керівник повинен уміти мотивувати інших діяти за його вказівкою. У нашому випадку керівник – це капітан судна. Отже, він має бути лідером і подавати хороший приклад, якому слідуватиме екіпаж. У різних статтях багатьох міжнародних Конвенцій згадується посада капітана судна як керівника із зобов'язаннями, що накладаються на нього державою прапора (СОЛАС 74, ПДНВ 78/95).

Висновки. У Конвенції ПДНВ 78 обговорюються питання підготовки для забезпечення морякам достатніх умінь і навичок для виконання їхніх обов'язків на судні. З практичного та юридичного боку капітан повинен керувати своєю командою таким чином, щоб у будь-який час була забезпечена морехідність судна, й активно застосовувати вимоги Системи управління безпекою (Міжнародного кодексу з управління безпекою та запобігання забрудненню – МКУБ). Він повинен забезпечити, щоб його офіцери й команда керували судном і підтримували його в безпечному й морехідному стані найефективнішим чином. Чимало із цих аспектів потребують технічних навичок, але вєдино їх об'єднують людські якості, й саме тут лідерство відіграє вирішальну роль.

У настанові з розслідування людського чинника на морі (Резолюція ІМО А. А.1075(28)) зазначається, що не лише кваліфікація, знання та досвід членів судового екіпажу, але й такі елементи, як спілкування, компетентність, культура, досвід, втома, умови праці можуть впливати на аварійність суден, тому взаємини, культура й мова спілкування в багатонаціональному екіпажі відіграють суттєву роль для забезпечення безпеки [10].

Таким чином, відповідно до вимог переглянутої Конвенції ПДНВ 78/95 і однойменного Кодексу, судові спеціалісти операторського рівня повинні не лише мати професійні знання та практичні навички, але й володіти лідерськими якостями.

Капітан і судові командири в багатонаціональних екіпажах повинні прагнути бути не лише формальними, але й неформальними лідерами у своїх колективах. Лідер повинен підтримувати зусилля кожного члена екіпажу в досягненні загальної мети – ефективної та безпечної експлуатації суден.

Література

1. Шафран Л.М., Псядло Е.М. Теорія і практика професійного психофізіологічного відбору моряків. Одеса : Фенікс, 2008. 292 с.
2. Безлуцька О.П. Психологічні основи розвитку лідерських якостей майбутніх судоводіїв у вищому навчальному закладі. *Актуальні проблеми сучасної науково-практичної конференції*, г.г. Москва – Астана – Харків – Вена, 30 янв. 2017) URL: <http://www.inter-nauka.com/issues/conf-2017/january/1998>.
3. Міжнародна конвенція про підготовку і дипломування моряків та несення вахти 1978 року : Документ від 07 липня 1978 р. № 995_053. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_053#Text.
4. Торський В.Г., Топалов В.П. Управління судовими екіпажами. Одеса : Астропринт, 2000. 208 с.
5. IMO Standard Marine Communication Phrases. URL: <http://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Navigation/Pages/StandardMarineCommunicationPhrases.aspx>.
6. Топалов В.П., Торський В.Г. Людський фактор в судноплавстві. Одеса : Астропринт, 2015. 244 с.
7. Манільські поправки до Кодексу з підготовки і дипломування моряків та несення вахти (ПДНВ) : Документ від 25 червня 2010 р. № 869_052. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/896_052#Text.
8. Торський В.Г., Позолотін Л.А. МКУБ в питаннях і відповідях. Одеса : Астропринт, 1998. 112 с.
9. ISM Code and Guidelines on Implementation of the ISM Code URL: <http://www.imo.org/en/OurWork/HumanElement/SafetyManagement/Pages/ISMCode.aspx> (дата звернення: 15.09.2020).
10. International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974 URL: [http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-\(SOLAS\)-1974.aspx](http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS)-1974.aspx).
10. Resolution A.1075(28) Guidelines to assist investigators in the implementation of the casualty investigation code (Resolution MSC.225(84)) URL: [http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.1075\(28\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.1075(28).pdf).
11. International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974 URL: [http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-\(SOLAS\)-1974.aspx](http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS)-1974.aspx).

Анотація

Костиря О. В. Лідерство в багатонаціональному екіпажі: вимоги Міжнародної морської організації. – Стаття.

У статті розглянуті вимоги Міжнародної морської організації до лідерства й керівництва (менеджменту) в морських екіпажах, які мають свої особливості й відрізняються від менеджменту берегових організацій.

Відповідно до вимог переглянутої Міжнародної Конвенції зі стандартів підготовки, дипломування моряків і несення вахти й однойменного Кодексу (ПДНВ-95), суднові спеціалісти операторського рівня (вахтові офіцери-судноводі та механіки) повинні не лише мати відповідні професійні знання та практичні навички, але й вміти піклуватися про здоров'я, безпеку підлеглих і членів екіпажу, забезпечувати виконання чинних дисциплінарних правил, підтримувати в судновому колективі обстановку взаєморозуміння, доброзичливості, взаємовиручки, дотримання громадських норм і людських відносин.

Основними нормативними документами, що визначають систему порозуміння на судні, є Міжнародний кодекс з управління безпекою – МКУБ, що вимагає впровадження на судні Системи Управління Безпекою (СУБ) і Кодексу ПДНВ-95, що визначає рівні взаємин.

Формальне лідерство на судні існує на різних рівнях. Опис таких рівнів наведено в Конвенції ПДНВ 78/95.

Рівні відповідальності визначені на трьох рівнях (levels):

1. Управління (management): означає рівень відповідальності, пов'язаний із:

а) роботою як капітана, старшого помічника капітана, старшого механіка або 2-го механіка;

б) забезпеченням того, що всі функції в межах визначеної сфери відповідальності виконуються належним чином. Це особи, які відповідають за виконання обов'язків екіпажем.

2. Експлуатація (operational): означає рівень відповідальності, пов'язаний із:

а) роботою на посаді вахтового помічника капітана або вахтового механіка суден із періодично безвахтовим обслуговуванням машинного відділення або роботою радіооператора на морському судні;

б) здійсненні безпосереднього контролю за виконанням усіх функцій у межах визначеної сфери відповідальності відповідно до належних процедур і під контролем особи, що працює на рівні управління в цій сфері відповідальності. Це помічники капітана, механіки, радисти, особи, що забезпечують навігаційну, машинну вахту або радіовахту, виконання робіт з обслуговування судна, вантажних операцій.

3. Допоміжний (support) рівень: означає рівень відповідальності, пов'язаний із виконанням призначених завдань, обов'язків, або відповідальності на морському судні під контролем особи, що працює на рівні експлуатації або управління. Це рядовий склад, що бере участь у несенні навігаційної або машинної вахти, вахти в порту, у вантажних операціях, обслуговуванні судна тощо.

Капітан судна є стратегічним і командним лідером – керує всім судном. Рівень командний – це коли лідер відповідає за екіпаж у цілому або підрозділ на судні (капітан, старший помічник – палуба, старший механік – машина). Операційний лідер (помічники капітана, механіки) відповідає за частину суднової організації – вахту, суднові роботи. Кожному командному лідерові підпорядковуються декілька операційних. Для успіху організації важливо, щоб сильні лідери

були на всіх трьох рівнях. Вони повинні спільно працювати як лідерська команда.

Ключові слова: Міжнародна морська організація, лідерство, Конвенція ПДНВ, Міжнародний кодекс з управління безпекою, Система управління безпекою.

Summary

Kostyria O. V. Leadership in a multinational crew: International Maritime Organization requirements. – Article.

The article considers the requirements of the International Maritime Organization for leadership and management in ship's crew. Leadership and managerial functions (management) in ship's crew have a number of specific peculiarities and are different from the management at coastal organizations.

According to the requirements of the revised International Convention on Standards for Seafarers' Training, Certification and Watchkeeping and the STCW-95 Code of Conduct, the marine specialists of operational level (naval officers and ship mechanics) should not only have the appropriate professional knowledge and practical skills but also be able to take care of the health and safety of their subordinates and other crew members, to ensure compliance with the applicable disciplinary rules, to maintain in the crew the atmosphere of mutual understanding, benevolence, mutual reciprocity, observance of social norms and interpersonal relations.

The main normative documents defining the system of mutual understanding aboard are the International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention (International Safety Management Code), which imposes the introduction of on-board Security Management System (SMS) and STCW-95 Code, which defines the level of interactions.

Formal leadership on a ship exists at different levels. Such levels description is given in the STCW 78/95 Convention.

Levels of responsibility are defined at three levels:

1. Management: that means the level of responsibility associated with:

a) work at the position of: master, first/senior officer, chief mechanic or 2nd mechanic officer;

b) ensuring that all functions within the defined scope of responsibility are performed properly. These are persons responsible for crew duties diligent performing.

2. Operational: that means the level of responsibility associated with:

a) work as a watch senior officer or shift mechanics aboard of ships with periodically unmanned engine room maintenance, or ship radio operator work.

b) immediate control over the performance of all functions within the defined responsibility scope, in accordance with appropriate procedures and under the control of a person positioned at the management level in this responsibility area. These are master's officers, mechanical engineers, the radio operator, crew members keeping the navigational, machine watch or radio communication watch, these executing the ship maintenance operations, cargo operations.

3. Auxiliary or support: that means the responsibility level associated with the performance of assigned tasks, responsibilities, or duties on a seagoing vessel under the control of a person holding the position of operational level or managerial functions. These are seafarers involved in keeping a navigational or machine watch, watch at the port, in cargo operations, ship maintenance, etc.

The master is a strategic and team leader aboard, who manages all the ship. This is the command manage-

rial level when the leader is responsible for the crew as a whole or for some unit on the ship (master, first/senior officer – deck, chief mechanic – engine room). The operational leader (officers, mechanics) is responsible for some part of the ship’s organization: watch-keeping, ship operations. Each of team leaders has some subordi-

nate operational leaders. It is important for the organizational success to have strong leaders at all three levels. And these leaders must work together as one united leadership team.

Key words: IMO, Leadership, STCW Convention, ISM Code, Safety Management System.

ЗМІСТ

КОНСТИТУЦІЙНЕ ТА МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

<i>І. В. Завальнюк</i> Еволюція концепції «справедливий суд» у конституційно-правовій доктрині	3
<i>О. В. Кузьменко, Г. В. Берченко</i> Статус Конституційного Суду України як судового органу	6
<i>О. В. Митник</i> Особливості судового захисту конституційних прав і свобод у межах Європейської системи захисту прав людини	11
<i>В. Р. Нестор</i> Міське самоврядування в Україні кінця ХХ – початку ХХІ століть	18

ЦИВІЛЬНЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<i>А. М. Бондарчук</i> Особливості предмета біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією	21
<i>І. Ю. Гришко, М. С. Уткіна</i> Проблеми захисту прав інтелектуальної власності в Україні	26
<i>І. А. Коваленко</i> Правові наслідки укладення правочинів особами з вадами волі	31
<i>Р. О. Юрків</i> Умови видачі примусових ліцензій на винаходи (корисні моделі)	37

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

<i>В. В. Китайгородська</i> Поняття «посадова особа» у трудовому праві	42
---	----

ЕКОЛОГІЧНЕ І ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

<i>М. М. Сірант</i> Гарантії реалізації права на сприятливе навколишнє природне середовище	49
<i>Н. Я. Шпарик</i> Проблеми та перспективи правового регулювання поводження з дикими тваринами в Україні	55

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС, ФІНАНСОВЕ ПРАВО,
ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

<i>Р. І. Лемеха</i> Принципи правового регулювання митних режимів в Україні	62
<i>Ю. О. Овrameць</i> Зміст та етапи адміністративної процедури авторизації електронних майданчиків	69
<i>М. І. Смокович</i> Адміністративна юстиція та електронне судочинство в Україні	77

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

М. А. Матвійчук	Смертна кара в Московській державі та Російській імперії в працях І. Малиновського: кримінально-виконавчий аспект	82
А. О. Хлопов	Поняття та ознаки таємниці у кримінальному праві України в розрізі інформації приватного характеру	89
С. М. Школа	Суб'єкт привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем	94

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА

В. В. Арешонков	До питання вдосконалення суб'єктного складника технології техніко-криміналістичних досліджень	99
К. В. Гриненко	Допустимість доказів, отриманих під час пред'явлення особи для впізнання	104
Л. В. Гусар	Побудова пошукового портрета серійного злочинця	110
В. Ю. Первій	Доказування у кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних зі зловживанням владою або службовим становищем: поняття та зміст	116

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

О. В. Костиця	Лідерство в багатонаціональному екіпажі: вимоги Міжнародної морської організації	122
----------------------	--	-----

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW; MUNICIPAL LAW

<i>Zavalniuk I. V.</i>	Evolution of the concept of “fair trial” in the constitutional and legal doctrine	3
<i>Kuzmenko O. V., Berchenko H. V.</i>	Status of the Constitutional Court of Ukraine as a judicial body of power.....	6
<i>Mytnyk O. V.</i>	Aspects of the judicial protection of constitutional rights and freedoms within the European system for human rights protection	11
<i>Nestor V. R.</i>	City government in Ukraine at the end of the XX – beginning of the XXI centuries	18

CIVIL AND COMMERCIAL LAW AND PROCESS

<i>Bondarchuk A. M.</i>	The features of the subject of exchange trade in agricultural products	21
<i>Hryshko I. Yu., Utkina M. S.</i>	Problems of intellectual property rights protection in Ukraine	26
<i>Kovalenko I. A.</i>	Law consequences of conclusion of legal transactions by persons flawed will	31
<i>Yurkiv R. O.</i>	Conditions for granting a compulsory license for inventions (utility models)	37

LABOUR LAW; SOCIAL SECURITY LAW

<i>Kitaihorodskaya V. V.</i>	Concept of “official person” in labor law.....	42
------------------------------	--	----

ENVIRONMENTAL AND LAND LAW

<i>Sirant M. M.</i>	Guarantees of realization of the right to a favorable natural environment.....	49
<i>Shparyk N. Ya.</i>	Problems and prospects of legal regulation of wild animals’ treatment in Ukraine	55

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS; FINANCIAL LAW; INFORMATION LAW

<i>Lemekha R. I.</i>	Principles of legal regulation of customs regimes in Ukraine.....	62
<i>Ovramets Yu. O.</i>	Content and stages of the administrative procedure for authorization of electronic platforms.....	69
<i>Smokovych M. I.</i>	Administrative justice and electronic justice in Ukraine	77

CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY

Matviichuk M. A.	
Death penalty in Moscow state and Russian empire under the research of I. Malynovskyi: a penal aspect	82
Khlopov A. O.	
The concept and signs of secrecy in the criminal law of Ukraine in the context information of private character	89
Shkola S. M.	
Subject of appropriation, embezzlement or possession of other people's property by abuse of service person by his official position	94

CRIMINAL PROCESS, CRIMINALISTICS

Areshonkov V. V.	
On the issue of improving the subjective component of the technology of technical-forensic research.....	99
Hrynenko K. V.	
Admissibility of evidence obtained during the presentation a person for identification	104
Husar L. V.	
Construction of a search portrait of a serial criminal	110
Pervii V. Yu.	
Evidence in criminal proceedings of crimes related to abuse of power or official position: concept and content.....	116

INTERNATIONAL LAW

Kostyria O. V.	
Leadership in a multinational crew: International Maritime Organization requirements	122

Науково-практичне юридичне видання

ПРИКАРПАТСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ВІСНИК

Науково-практичний журнал

Випуск 4(33)

Виходить чотири рази на рік

Українською, російською та англійською мовами

Коректор – Я. Вишнякова
Комп'ютерна верстка – С. Калабухова

Підписано до друку 21.08.2020 р. Формат 60x84/8. Обл.-вид. арк. 15,51, ум.-друк. арк. 15,34.
Папір офсетний. Цифровий друк. Наклад 100 примірників. Замовлення № 1120/317.

Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.)
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1. Тел. +38 (048) 709 38 69, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua