



МІНІСТЕРСТВО
ОСВІТИ І НАУКИ
УКРАЇНИ



ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ



ЦЕНТР
українсько-європейського
наукового співробітництва



**Асоціація фахівців
адміністративного права**



**Republic of Turkey Ministry of
National Education
Necmettin Erbakan University**

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ЗАПОРІЗЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
НАВЧАЛЬНО-НАУКОВА ЛАБОРАТОРІЯ
ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМ СЛУЖБОВОГО ПРАВА НАПРН УКРАЇНИ
ЦЕНТР УКРАЇНСЬКО-ЄВРОПЕЙСЬКОГО НАУКОВОГО СПІВРОБІТНИЦТВА
ГО «АСОЦІАЦІЯ ФАХІВЦІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА»
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ «ГЕЛЬВЕТИКА»



Erasmus+

Jean Monnet
Programme



МАТЕРІАЛИ

МІЖНАРОДНОГО НАУКОВО-ПРАКТИЧНОГО КОНГРЕСУ „АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ”

до 30-ти річчя юридичного факультету

(7-8 жовтня 2021 року)

Запоріжжя 2021

Редакційна колегія:

Фролов Микола Олександрович – доктор історичних наук, професор, Заслужений працівник освіти України, академік Академії наук вищої освіти України, ректор Запорізького національного університету;

Коломоєць Тетяна Олександрівна – докторка юридичних наук, професорка, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений юрист України, завідувачка Навчально-наукової лабораторії дослідження службового права НАПрН України, голова Запорізького обласного відділення Центру українсько-європейського наукового співробітництва деканеса юридичного факультету Запорізького національного університету;

Бондар Олександр Григорович – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права, Перший проректор Запорізького національного університету;

Лученко Дмитро Валентинович – доктор юридичних наук, професор, голова Громадської організації «Асоціація фахівців адміністративного права», голова ГО «Європейський центр верховенства права», проректор з наукової роботи Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

Cem Zorlu – Ph.D., professor, rector of Necmettin Erbakan University Faculty of theology;

Nuran Koyuncu – Ph.D., professor, dean of the Law Faculty of Necmettin Erbakan University;

Abdulkadir Yildiz – Assistant Professor, Deputy Dean of the Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Constitutional Law;

Huseyin Cagri Corlu – Assistant Professor from International Public Law department of Necmettin Erbakan University;

Onursal Cin – Assistant Professor, Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Criminal Law;

Ahmet Akman – Assistant Professor, Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Administrative Law;

Süheyla Zorlu – Assistant Professor, Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Civil Law;

Baki Mulayim – Assistant Professor, Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Labour Law;

Banu Bilge Sarihan – Assistant Professor, Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Civil Law;

Mahmut Kizir – Assistant Professor, Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Civil Law;

Sinan Okur – Assistant Professor, Law Faculty of Necmettin Erbakan University-Civil Law;

Ahmet Kilinc – Assistant Professor, Law Faculty of Yildirim Beyazit University-History of Law;

Макаренков Олексій Леонідович – доктор юридичних наук, доцент, керівник проекту «Загальноєвропейська конвергенція правових, економічних та культурологічних основ попередження корупції» Номер проекту 611790-EPP-1-2019-1-UA-EPPJMO-MODULE в межах напрямку «Жан Моне» (Jean Monnet) Програми ЄС Erasmus+ за підтримки Виконавчої агенції з питань освіти аудіовізуальних засобів і культури ЄКЄС (EACEA EU), заступник декана юридичного факультету з міжнародної роботи Запорізького національного університету;

Віхляєв Михайло Юрійович – доктор юридичних наук, професор, директор Центру українсько-європейського наукового співробітництва;

Головко Олег Павлович – кандидат економічних наук, директор Видавничого Дому "Гельветика".

Актуальні проблеми правової науки: матеріали Міжнародного науково-практичного конгресу, м. Запоріжжя, 1-2 жовтня 2021 року / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя: ЗНУ, 2021. 342 с.

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на Міжнародний науково-практичний конгрес „Актуальні проблеми правової науки”, присвяченої 30-річчю юридичного факультету, який відбувся на базі юридичного факультету Запорізького національного університету 7-8 жовтня 2021 року.

ЗМІСТ

НАУКОВІ ДОПОВІДІ

Aydın N. Electronic voting systems in the context of management and audit of elections and its applicability in Turkey	9
Cagri Corlu H. The European Union’s energy integration agenda: ideal vs reality	9
Coban I. The principles of the forced execution of the final civil court decisions and the essence of the procedure for contesting the acts of the bailiff according to the legislation of the Republic of Moldova.....	24
Dumneanu L., Ștefănoaia M. Obiectul de atentare al infracțiunilor legate de traficul de droguri.....	28
Gyrla L.G. Some conclusions about insult and slander in the perspective of the Criminal code and Code of contraventions of the Republic of Moldova.....	32
Hamdemir B. Is it possible to individual application against the decisions of the supreme election council in Turkey?	35
Koyuncu N., İpek A. The taxation of non-Muslims within the framework of attempts of tax justice in the Tanzimat period	43
Koyuncu N., Gücayetmez M. LL.M. Weimar Republic and Democracy.....	46
Sargin B. Is it possible to make uniformed legal system?– The sample of the principles of European tort law	47
Zaharia V.A., Pozneacova V.P. The international protection of women's rights	50
Атаманчук І.В. Деякі загальні особливості методології складання та оформлення процесуальних документів у цивільному судочинстві	54
Батанов О.В. Унітаризм у теорії і практиці державотворення сучасної України	57
Батанова Н.М. Децентралізація в Україні у контексті конституційно-правової відповідальності у сфері місцевого самоврядування	61
Белікова М.І. Правова природа фінансових санкцій, що застосовуються Державною службою України з питань праці за порушення трудового законодавства.....	65
Борщевская А.Э. К вопросу о классификации административных правоотношений	68
Верлос Н.В. Інвайронметалізація (екологізація) як пріоритетна тенденція розвитку сучасного конституційного права.....	71
Галіцина Н.В. Нормативний акт як інструмент діяльності публічної адміністрації у соціальній сфері	74
Гамбург Л.С. Юридичний обов’язок громадян України піклуватись про своє здоров’я: теоретико-правові аспекти.....	76

Георгицэ М.Ф. К вопросу о криминалистической характеристике и криминалистической модели преступлений	79
Герасименко Є.С. Щодо дефініції іноземців та осіб без громадянства	85
Головко С.Г. Актуальні питання українського конституціоналізму у контексті історико-правової ретроспективи	87
Гончарук В.В., Гончарук В.А. Нормативно-правова база для забезпечення екологічного правопорядку	89
Грабовська Г.М. Дитячий будинок сімейного типу як альтернативна форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування	93
Діхтісвський П.В. Сучасні тенденції розвитку системи адміністративного права України	96
Доненко В.В. Адміністративні стягнення в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху: реалії та перспективи	99
Дорохіна Ю.А. Адміністративний акт як інструмент діяльності публічної адміністрації у сфері формування інфраструктури населеного пункту	101
Дудоров О.О. Римський статут і Кримінальний кодекс України: проблеми гармонізації	103
Дудорова К.Б. Фраудаторні правочини у цивільному праві України	108
Иванцова Ю.Г. Основные принципы «структурирования» кодифицированного акта (на примере комплексного массива нормативных правовых актов в информационной сфере)	110
Іваньков І.В., Іваньков О.І. Окремі проблеми правової регламентації застосування вогнепальної зброї особами рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи відповідно до проекту Закону України «Про пенітенціарну систему»	112
Камардіна Ю.В. Особливості захисту прав фізичних осіб як суб'єктів отримання адміністративних послуг	114
Карітон А.М. Current issues of information law	117
Каплунов А.И. К вопросу о процессуальной природе «административного» судопроизводства	119
Коваленко Л.П. Предмет і методи науки інформаційного права	122
Коваль І.Ф. Трансформація законодавства про інтелектуальну власність в умовах стратегічних викликів	124
Коломісць Н.В. Зміст і межі права на життя у практиці Європейського суду з прав людини	128
Коломоєць Т.О. Інформаційні технології та їх роль у реалізації права особи на державну службу (на прикладі підтвердження рівня вільного володіння державною мовою особою)	130
Колпаков В.К. Протокол про адміністративне правопорушення: поняття і особливості складання	131

Комзюк А.Т., Салманова О.Ю. Категорії «публічна адміністрація», «публічне адміністрування» та «відносини адміністративних зобов'язань» у предметі адміністративного права.....	135
Корнєва П.М. Медичний туризм в країнах ЄС крізь призму міжнародного приватного права.....	137
Королевська Н.Ю. Конституційні засади соціальної держави в Україні: положення Основного Закону 1996 року про органи державної влади	141
Ладиченко В.В. Теоретичні засади формування місцевого самоврядування в Україні в ХХ ст.	143
Легеза Ю.О. Критерії визначення «подібності» та «тотожності» правовідносин (за матеріалами судової практики)	147
Лисько Т.Д. Правовий статус користувачів персонального легкого електротранспорту: проблеми законодавчого регулювання.....	149
Лученко Д.В. Електронні ініціативи як інститут е-демократії: досвід України та Латвії.....	152
Макаренков О.Л. Методологічні основи пізнання праксеологічного виміру правового механізму протидії корупції.....	155
Макушев П.В. До характеристики адміністративно-правового статусу митних органів України	157
Малюга Л.Ю. Сучасне розуміння конституційного права на соціальний захист.....	159
Мацелик Т.О. Інститут податкової амністії: сучасний стан та перспективи розвитку	161
Мельник Р.С. НІ – джерелам адміністративного права. ТАК – правовим регулятором-обмежником діяльності публічної адміністрації	164
Миронюк Р.В. Окремі шляхи удосконалення процедури добору на посаду судді в Україні.....	166
Міхайліна Т.В. Засоби самозахисту суб'єктивних цивільних прав та їх роль в інформаційних електронних системах	169
Міхровська М.С. До питання щодо вживання терміну «державне управління» в контексті електронного урядування	172
Мішина Н.В. Сучасний український конституціоналізм: моральні основи.....	174
Мозолюк-Боднар Л.М. Законність, дисципліна, правопорядок як чинники розвитку сучасної держави	176
Мовчан Р.О. Про об'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 239 Кримінального кодексу України	178
Орлова І.М. Державна допомога суб'єктам господарювання: щодо законодавчого визначення поняття.....	181
Певко С.Г. Дефініція правосвідомості, як фактору правопорядку	185

Перепьолкін С.М. Сучасний стан митного права Європейського Союзу	187
Першин В.Г. Правові ознаки державного фінансового моніторингу.....	190
Подорожна Т.С., Ковбас І.В. Діалог громадянського суспільства з органами публічної влади: проблеми та стратегічні напрями.....	191
Поляруш С.І. Окремі питання адміністративної відповідальності за ст.41 Кодексу України про адміністративні правопорушення	194
Приймаченко Д.В. Розмежування адміністративної та кримінальної відповідальності за незаконне переміщення предметів через митний кордон України	198
Пустовіт Ю.Ю., Запотоцька О.В. Контроль та нагляд як інструментарій забезпечення законності в публічному адмініструванні.....	200
Пухтецька А.А. Про удосконалення системи адміністративних установ в Україні: структурно-функціональний аспект	204
Рябовол Л.Т. Вітчизняне законодавство щодо запобігання та протидії дискримінації: сучасний стан і перспективи	206
Саміло Г.О. Щодо класифікації правових систем деяких африканських держав	209
Семчук Н.О. Дискусійні питання протидії жорстокому поводженню з тваринами за новим законодавством в контексті утримання хижих птахів	213
Сінсьльнік Р.В. Правовий аналіз інституту нарадчої кімнати та проблемні питання порушення її таємниці при ухваленні вироку у кримінальному провадженні.....	214
Сопілко. І.М. Інформаційна війна як проблема сучасної України: правовий аспект.....	217
Стеценко В.Ю. Суб'єкти створення медичних стандартів: адміністративно-правові засади	220
Стеценко С.Г. Біоюриспруденція: до питання про правову сутність.....	222
Столбовий В.М. Державне бюро розслідувань як суб'єкт забезпечення національної безпеки України	224
Сушик О.В. Роль громадських організацій у сфері протидії змінам клімату в Україні: окремі адміністративно-правові аспекти.....	226
Тильчик В.В., Шпак Н.А. Забезпечення ефективного функціонування публічних адміністрацій: європейський досвід для України	228
Ткалич М.О. Становлення спортивного права, як окремої сфери правового регулювання	230
Устинова І.П., Панченко І.В. Рекомендації FATF щодо протидії відмивання доходів: сучасний стан впровадження Україною	232
Федоренко В.Л. Концепція легітимного перегляду конституцій проф. Ю. Гачека.....	234

Федчишин С.А. Забезпечення рівного доступу до державної служби: деякі проблеми законодавчого регулювання	237
Халюк С.О. Доктринальні підходи та зміст принципу справедливості в діяльності Вищої ради правосуддя	241
Хамходера О.П. Щодо змісту антикорупційної постслужбової заборони на представництво інтересів (спірність позиції НАЗК)	243
Хрідочкін А.В. Місце виконавчих органів місцевих рад в системі публічного управління.....	246
Хромов А.В. Система та структура державних архівів як форма державної політики у сфері архівної справи	248
Худик А.М. Поняття «надзвичайних та особливих суди» (стаття 125 Конституції України)	251
Чалабієва М.Р. Концепт «Держава у смартфоні»: крок на шляху до конституціоналізації цифрових прав людини	253
Шарая А.А. Інституційні принципи адміністративно-процедурного права: загальна характеристика	256
Шатковський Я.М. Первинна ланка надання медичної допомоги в умовах медичної реформи: правові засади	257
Школик А.М. Системність у розвитку адміністративного законодавства	259
Ющик О.І. Кримінально-правові аспекти відповідальності за домашнє насильство щодо дітей.....	262

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Colescu A., Moraru V. Conditional release	266
Öğütçü O. Examination of State Parties Reports by the United Nations Committee Against Torture	269
Андрієвська Л.О. Інститут присяжних у цивільному судочинстві України	272
Bagirova G.I. Problematic issues of legislative consolidation of support and development of self-employment	274
Болобан Д.А. Щодо плати за проїзд платними автомобільними дорогами.....	277
Гавалешко П.С. Поняття та сутність апеляції в сучасному адміністративному процесі	280
Глинда А.И., Сильченко Н.В. О характере взаимодействия и системных связях института юридической ответственности и политики.....	283
Грекова Л.Ю. Проблемні аспекти використання основних біометричних параметрів в криміналістиці	286
Кисельова М.С. Побічні ефекти оптимізації дорожнього руху	288

Коваленко Б.В., Коломоєць Т.О. Актуальні питання щодо джерел службового права.....	290
Кондрич В.В. Антикорупційні суди: причини та передумови запровадження	292
Костров В.О. До питання конституційних основ соціальної держави	294
Крайній П.І. Повноваження громадських рад як ефективний елемент реалізації їх адміністративно-правового статусу.....	295
Кремова Д.С. Присяга у службових правовідносинах: історико-правовий аспект.....	299
Кучеренко Д.С. Понятійно-правове мислення у Давній Греції: Афінівський неоплатонізм	301
Кучерук Н.С. Актуальні питання відшкодування витрат на правничу допомогу у господарському процесі	303
Лис О.Г. Основні пріоритети державної політики у сфері інклюзивної дошкільної освіти.....	307
Мороз А.С. Підстави для визнання висновку експерта недопустимим доказом.....	310
Мукомела К.О. Окремі питання захисту прав інтелектуальної власності в Україні та ЄС: порівняльно-правовий аспект.....	315
Ніколайчук Т.О., Хумарова Н.І. Інформаційна складова економіко-регуляторного механізму регулювання економіко-екологічних відносин у сфері ПЗФ України	317
Соколенко Д.В. Розширення переліку інструментів для ефективного притягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил паркування автомобільних транспортних засобів	320
Толкач А.М. Особливості правового регулювання медіації у зарубіжних країнах.....	322
Тютюнник В.К. Щодо вдосконалення законодавства про державну службу в частині укладання контрактів з державними службовцями.....	325
Федоренко М.В. Історичний метод в системі методології дослідження системи управління державною службою: витоки, генезис, перспективи	327
Хлопов А.О. Врівноваження публічних та приватних інтересів на тлі поширення інформації приватного характеру щодо публічних фігур (на основі показових справ Європейського суду з прав людини)	329
Худолій Т.І. Персональні дані як специфічна категорія об'єктів цивільних правовідносин: юридична характеристика	332
Яїцька Д.І. Верховенство права та «належне управління» в Україні: необхідні зміни та перспективи розвитку	335
Яремович О.І. Громадські ради у правоохоронній діяльності: постановка проблеми	338

НАУКОВІ ДОПОВІДІ

Electronic voting systems in the context of management and audit of elections and its applicability in Turkey

*Aydın N., Ph.D., Associate Professor
Kütahya Dumlupınar University*

Modern democracies owe their existence to fair and free elections. Elections refer to a process involving a series of activities that enable democracies to gain practice. Nowadays, this process continues to operate in almost all countries of the world, whether they have a democratic structure or not, albeit with different application methods. The process carried out within the framework of positive election law practices plays a key role in making important decisions as well as determining the political decision-making mechanisms throughout the country and at the local level. Such that, with the choice of voters, while keeping a projection to the general and local administration, it determines the direction of personal freedom, the country's administration and its own future too.

If we keep the political life until the transition to democratic political life separately, in the period from 1950– when democratic elections were accepted– to the present, many general and local elections were held in Turkey, and referendums were applied on many important issues. Forty-eight governments have come into existence in the political history of the Republic of Turkey since the foundation of democracy. This arithmetic is important in that it reveals that the political life of the established governments corresponds to a short period of seventeen months on average. The short political life of governments means that elections occupy the country's agenda with the same frequency. When local elections and referendums are added to the fact that citizens will reveal their political preferences with this frequency, it is seen that the range of holding elections in Turkey narrows even more. The shrinkage in issue brings along some concerns about the fair and free elections.

Electronic election systems are the systems that foresee the processes related to elections to be carried out through digital systems and have found the opportunity to be applied in many countries today. The main reasons affecting the fairness and freedom of the elections, such as the existence of some deadlocks in the current electoral system, the result of voter carelessness and lack of experience and the emergence of invalid votes at a level that will affect the election result. For these reasons, it can be said that electronic voting is a necessity.

In this article, the applications of electronic voting systems will be discussed from a theoretical point of view, and some world practices will be put forward, and the applicability of the electronic election systems, which are partially implemented in Turkey, at the stage of voting by the voters, which is the most important stage of the election process, will be discussed in the context of the management and control of the elections.

The European Union ' s energy integration agenda: ideal vs reality

*Cagri Corlu H., Ph.D., Assistant Professor
Necmettin Erbakan University*

The integration of national energy markets has been the crux of the European Union's Energy Union agenda which was envisaged by the European Commission with an aim of ensuring a transition to low-carbon, secure and competitive economy and EU-wide energy markets for electricity and natural gas¹. In 2015, the Commission introduced a 10 per cent interconnection target for the member states which would be secured through the construction of inter-connectors and strategic cross-border fixed infrastructure. Given the increase of energy market liberalisation across

¹ European Commission, First Report on the State of the Energy Union: Why a State of the Energy Union Now?, (Nov. 18, 2015). https://ec.europa.eu/info/energy-union-and-climate/state-energy-union_en

EU member states, and liquidity across national markets, the functioning of inter-connectors will become of greater importance. It is possible for the suppliers to have access to multiple inter-connectors to convey electricity or natural gas between the member states. When this is the case, upstream suppliers, wholesalers and traders will prefer the cheapest rather than the closest route to supply their customers, benefitting the competition among the inter-connectors.

Meeting of inter-connector targets is just a part of a general solution of Energy Union. Another important feature, unique to the integration of energy markets is the establishment of hubs and virtual trading points (VTPs). Even though the Commission's approach to these new market areas is controversial, the hubs and the VTPs provide a reliable basis for the establishment of pan-European energy markets¹. Along with market coupling², which designates volumes and prices of energy products based on marginal pricing principle, hubs and VTPs exert competitive pressure on the oil-indexed prices under the long-term supply contracts (LTCs)³.

Despite substantial means crafted by institutions of the EU, there are further challenges that need to be addressed in relation with the realization of the Energy Union. Of these challenges, discrepancies between approaches taken by national authorities to the regulation of energy trade. It is hardly a feature of the European energy markets to have common conditions and standards applicable to all the energy trade across the member states. Each national market has its own priorities and policies for the management of energy trading that have a significant impact on the competitiveness of the sectors within the relevant geographic borders. This paper identifies certain factors that affect the competitiveness of the national markets and priorities in the national approaches⁴. After identifying the factors, the paper provides a country based analysis comprising the national energy markets of Lithuania, Germany, and the UK, to illustrate how differing conditions reflect the differing levels of competitiveness across the Member states. Finally the paper derives conclusions from these discrepancies and provides policy proposals that would alleviate risks posed by these challenges.

– Differences in National Approaches

The majority of member states in the EU are heavily dependent on imports for the natural gas they consume. While dependency levels are low in some member states, in others, particularly in Eastern Europe, the dependency can even reach 100 per cent. Usually such a country is also dependent on a sole external supplier. It is not feasible to address competitiveness in the natural gas markets where there is no competition at the upstream level. The assessment of relevant market and competitive conditions in these markets lacks any practical value. Where there is a certain level of diversification present in the energy supply, the country from which the natural gas is imported may

¹ Patrick Heather, 'Continental European Gas Hubs: Are They Fit for Purpose?', Working Paper NG-63 OIES, (2012).

² For the full account of the market coupling process see; http://www.acer.europa.eu/Electricity/Regional_initiatives/Cross_Regional_Roadmaps/Pages/1.-Market-Coupling.aspx

³ European energy markets are traditionally defined by their use of long-term energy supply contracts with oil-indexed price mechanisms and take-or-pay contracts. For detail, see; Kim Talus, 'Long-term natural gas contracts and antitrust law in the European Union and the United States' (2011) *Journal of World Energy Law & Business*.

⁴ The Commission has persistently pointed out the importance of cooperation, coordination and solidarity between the neighbouring member states for the development of energy policies. The polyphony in the national approaches with respect to energy policy distorts the better integration of national markets, and reduces the liquidity and resilience of energy systems. The most recent initiative by the Commission to overcome the fragmentation of energy approaches is the introduction of the "Energy Union Package". For details see; European Commission, 'Energy Union Package: Communication from The Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee, the Committees of the Regions and the European Investment: A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy' http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1bd46c90-bdd4-11e4-bbe1-01aa75ed71a1.0001.03/DOC_1&format=PDF

be significant for the identification of relevant markets. It is noted in *ExxonMobil*¹ that the buyers of natural gas differentiate their purchasing policy as to the origin of natural gas on the basis of political risks and security of supply. Moreover, the limitations of the network infrastructures may not be able to ensure the delivery of natural gas from each country of origin to each destination point. Even though this issue has been addressed in decisions by national authorities,² the Commission has not distinguished any relevant market for natural gas on the basis of country of origin.

Another important factor that affects national approaches to the assessment of competitiveness in the relevant markets is the energy mixture, which includes the use of resources for the production of electricity in the power plants. The member states resort to different energy resources such as coal, oil, natural gas, nuclear power and renewables to supply national electricity demand. While the member states try to have a diversified application of the energy mixture, the majority are dependent on one or two types of energy resources for their domestic electricity production. As mentioned above, in *Iberdrola/Scottish Power*,³ the Commission makes no distinction with respect to the energy resources for electricity generation. However, national preferences are generally determined in relation to geographic and political implications and the policies designated for the security of supply intrinsically affect the competitiveness of the domestic energy markets

In particular, the green energy policy developed by the Commission for the development of renewables on the basis of subsidies and prioritised public procurement measures, alters the structure of energy supply across the EU.⁴ The unavailability of certain production methods for certain seasons of the year affects member states' procurement policies and consequently the cross-border energy flow. For example in *ENI/EDP/GDP*⁵, the Commission found that the strong dependence on hydro-power, which is heavily vulnerable to meteorological conditions, in the Portuguese electricity generation, energy sector constituted a major challenge for the adoption of a wider Iberian relevant market. Bundeskartellamt (BKartA), the German competition authority, also addressed the paradigm change in the German energy sector with respect to the shutting down of nuclear generation and the rise of renewables on the basis that feed-in priority policies lead to risks for the competitiveness of the markets⁶. The same conclusion may not be true for other countries such as the United Kingdom, which relies on nuclear power for its base-load energy consumption or Italy, which uses natural gas for more than 50 per cent of its electricity generation.⁷ The situation will be even more complicated when the production of shale gas commences in Europe. Fracking involves horizontal high pressure injection of liquid for the extraction of gas, which is completely different from the conventional method of natural gas extraction. To date, the Commission has

¹ *Exxon/Mobil* (Case No IV/M.1383) Commission Decision 2004/284/EC [2004] OJ L103/1, pg. 1.

² AGCM, Decision of 6 September 2012, Provvedimento No 23871, ENI, para. 31, *cited in* Scholz pg 78 footnote 142.

³ *Iberdrola/Scottish Power* (Case COMP/M.4517) Commission Decision 26/03/2007 OJ C110/.

⁴ The title of EU 2020 energy strategies designated by the Commission is "A strategy for competitive, sustainable and secure energy". Whether these objectives really coincide each other or the policies developed to pursue these objectives conflict with each other is an important question that the Commission needs to answer. The EU adopted a 20 per cent policy with respect to the green energy policies setting a 20 per cent target rate in reducing greenhouse gas emissions and increasing the share of renewable energy and energy efficiency. See; European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: EU 2020 – A strategy for competitive, sustainable and secure energy, COM (2010) 639 final, Brussels 10.11.2010, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0639&from=EN>

⁵ *EDP/ENI/GDP* (Case COMP/M.3440), para 132.

⁶ Bundeskartellamt, etc., 'Monitoringreport 2012', [2013], http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/BNetzA/PressSection/ReportsPublications/2012/MonitoringReport2012.pdf?__blob=publicationFile pg. 4,

⁷ European Commission, 'Single Market Progress Report: Country Profiles – Italy' https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_countryreports_italy.pdf

insisted on applying the same standards in its assessment for the definition of relevant markets. However, the European energy sectors lack a uniform domestic market, to which similar conditions can apply. This can be further illustrated by a country specific analysis, encompassing different national energy sectors subject to different market conditions.

II. Country-Based Analysis

In this section, the paper undertakes a country-specific analysis to assess how the internal factors fundamental for defining a relevant energy market differ across the member states. The analysis includes the internal market conditions in Lithuania, Germany and the United Kingdom. These countries were chosen in order to illustrate the challenge the EU faces in the development of a competitive, single energy market. The energy market in the UK is highly competitive with a relatively well-functioning energy sector highly integrated with neighbouring countries. The German energy sector is a good example of a market in a transitory period moving towards a competitive energy market with an efficient regulatory oversight. And finally, Lithuania represents an energy market with important challenges for the introduction of competition into the electricity and natural gas sectors. The examination of these countries can clearly give an insight into the circumstances that affect the evaluation of relevant legal frameworks.

A – Lithuania

Baltic countries along with the many Eastern European and Balkan countries have similar market conditions and challenges for the introduction of competition into their energy sector. Heavy dependence on imports, existence of monopolies and oligopolies along with low level of market integration and lack of necessary infrastructure capacity are the main problems that these countries have with respect to the competitiveness of their energy sector. Lithuania can be regarded as the most promising country among the Baltic States, with an independent energy market regulator and a new LNG infrastructure promising a way out from the region's high dependence on a single energy supplier. Of the Baltic States, Estonia has an exemption from the Third Package and Latvia simply follows the Lithuania in the process of liberalisation.¹

The energy sector in Lithuania is monitored by the “National Commission for Energy Control and Prices”², (NCC), an independent regulatory authority overseeing and regulating corporate activities in the markets. The NCC, armed with a decision-making authority, is entitled to adopt effective legal and economic regulatory measures with which energy undertakings are obliged to comply. Pursuant to the “Law on Energy of the Republic of Lithuania”³, the NCC provides licenses to undertakings in the energy sector services involving transmission, distribution, storage, and liquefaction. NCC also annually releases operational and financial reports providing a general overview of the energy markets involving, *inter alia*, the current market structures in wholesale and retail markets for electricity and natural gas. The competitiveness of the energy market, however, is monitored by the “Competition Council of the Republic of Lithuania” (CC)⁴.

1. Wholesale market

Wholesale markets in Lithuania suffer liquidity shortages, insufficient interconnection capacity and lack of supply diversification. In electricity, Lithuania imports 50 per cent of its electricity consumption, 72 per cent of which comes directly from the Russian Federation.⁵ The market share of the two biggest wholesale traders corresponds 80 per cent of the market.⁶ Geographic scope is also limited due to liquidity problems and the bottlenecks in the interconnectors between Latvia and Estonia. Moreover the share of hydroelectric power plants,

¹ Energy Regulators Regional Association, ‘Baltic Energy Market Profile’ (September 2013), pg 11

² For NCC’s website, see: <http://www.regula.lt/en/Pages/default.aspx>

³ The Law on Energy of the Republic of Lithuania (Official Gazette, 2002, No 56-2224; 2011, No 91-4319)

⁴ Competition Council of Republic of Lithuania website: <http://kt.gov.lt/en/index.php>

⁵ Energy Charter Secretariat, ‘In-depth review of the investment climate and market structure in the energy sector of Lithuania’ [2013], pg. 95
http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Lithuania_ICMS_2013_ENG.pdf

⁶ *Ibid.*, pg. 98

which are vulnerable to seasonal changes, further increases congestion levels at interconnection points¹.

Devoid of alternative supplies, Lithuania suffers the ultimate concentration in its natural gas markets. Totally dependent on supplies from Russia, two natural gas suppliers, *AB Lietuvos dujos* and *UAB Dujotekana*, are responsible for 99 per cent of total gas sold to Lithuanian gas consumers at the wholesale level². *AB Lietuvos dujos* is also licensed as a system operator for transmission and distribution networks in Lithuania. The company operates as the sole Transmission System Operator (TSO) in the country and its distribution activities account for 99 per cent of all distribution activities in Lithuania.³ The trade in natural gas takes place only between these companies, as the share of other traders in the market cannot even reach one per cent of the total market, competition in the wholesale market hardly exists.

2. Retail Markets

AB Lietuvos dujos and *UAB Dujotekana*, holding respectively, 72.3 and 26.4 per cent share of the retail markets are also the dominant market players in the supply of gas to end consumers. These companies supply natural gas to 562,000 customers, 555,000 of whom are household customers and 7,000 others, include industrial, power plants and commercial customers.⁴ In theory, the market is fully liberalised and customers in the retail market are free to choose any supplier they want. However, as the suppliers available to the final consumers are limited, the switching rates remain modest.⁵ The geographic extent of the market is grid-wide. Natural gas is mainly supplied by the one integrated distribution and supply company *AB Lietuvos dujos*, holding 99 per cent market share in all distribution networks⁶. Definition of geographic market depends on the customers' ability of access to supplies anywhere in the existing distribution grids. As the distribution operator is also a dominant market player in the supply market, and switching rates remain dormant, it is hardly feasible to conclude that the relevant geographic market in retail supply of natural gas has a national scope.

Retail markets for electricity in Lithuania consist of two systems. While household customers are supplied in the regulated market under end-user price regulation, industrial customers are eligible to choose their supplier from the non-regulated market.⁷ These two systems cannot be considered one product market, since the customers in a regulated market cannot choose to be supplied by a non-regulated market. Once the liberalisation process allows household customers to be eligible customers, it is also important to evaluate whether the switching costs between the two systems constitute a barrier to a single retail market. The geographic scope of the retail markets for electricity also has a grid-wide scope. Whether or not the eligible end customers are able to reach suppliers anywhere in the country is important for the assessment of a geographical market definition. Theoretically changing electricity suppliers in Lithuania is allowed but existing switching rates show that the geographic scope of the retail markets for eligible customers is also limited.⁸ Therefore, it is not feasible to define a national market for the retail supply of electricity in Lithuania.

B – Germany

The German energy sector has structural differences which affect the designation of competitive assessments and identification of relevant markets for both electricity and natural gas.

¹ National Commission for Energy Control and Prices, (NCC), 'Annual Report on Electricity and Natural Gas Markets of the Republic of Lithuania to the European Commission' [2014], pg. 44. <http://www.regula.lt/SiteAssets/naujienu-medziaga/2014-rugpjutis/Ataskaita-EK-uz-2013-metus.pdf>

² *Ibid.*, pg. 100

³ European Commission, 'Single Market Progress Report: Country Profiles – Lithuania', [2014] pg. 142, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_countryreports_lithuania.pdf

⁴ NCC, (2014), pg. 103

⁵ European Commission, [2014], pg. 144.

⁶ *Ibid.* pg. 142

⁷ Energy Charter Secretariat, [2013], pg. 96.

⁸ European Commission, [2014], pg. 143.

Unlike other national markets, the German energy market consists of two levels of wholesale markets involving many regional and local suppliers who acquire energy products from other suppliers to sell to end-users in the retail market. Germany is also unique with its high share of renewables for electricity generation along with the decreasing use and number of nuclear power plants. Even though some degree of supply diversification is achieved, Germany is still heavily dependent on gas supplies from Russia which correspond to 41 per cent of imported natural gas.¹ Germany is highly integrated with neighbouring states, yet the cross-border energy trade suffers from congestion levels at the interconnection points, especially during peak periods. Even though the German energy sector was fully liberalised, serious problems with respect to the competitiveness of the markets remain.

The energy sector in Germany is monitored by Bundeskartellamt (BKartA)², the “Federal Cartel Office” in collaboration with the Bundesnetzagentur (BNetzA)³, “Federal Network Agency”. While the BKartA, the independent competition authority, oversees and evaluates market conditions in the energy sector to protect competition and the market economy, the BNetzA ensures that the network users have access to the existing networks on a non-discriminatory basis. Together both regulatory agencies release annual sector inquiries, evaluating the market conditions for both natural gas and electricity and individual infringement decisions which provide an insight into the approach taken by the German regulatory authorities with respect to the definition of markets and the assessment of competition.

1. Electricity Markets

In contrast to the European Commission’s approach, the German regulatory authorities distinguish the generation and wholesale of electricity as separate markets. BKartA defines a separate product market for the “first time sale of electricity”, which also includes exports and imports.⁴ The European Commission, however, persistently concludes that the generation and wholesale supply markets of electricity belong to the same product market. Accordingly, the German regulator takes the view that the generation of electricity as well as the import and export of electricity, are together a separate market distinguishable from the wholesale supply of electricity in the wholesale markets. BKartA’s approach can also be seen in the natural gas sector, in which the German regulator also defines two different supply markets in the wholesale supply of natural gas. This approach can be explained by the decentralised nature of the German energy markets including about 700 regional and local energy supply undertakings traditionally owned by public municipalities (Stadtwerke), which supply energy across municipal borders with monopoly rights. These municipal utilities were later acquired by the vertically integrated undertakings.

a. Generation

The German electricity generation market is highly concentrated. The four largest companies in the market, E.ON, EnBW, RWE and Vattenfall control 73 per cent of total generation capacity.⁵ BKartA notes that existing market conditions in the generation of electricity are significantly affected by the decommissioning of eight nuclear plants and the increase in renewables generation due to the “feed-in priority” policy, which further exerts competitive pressure over existing generation capacities. It also concludes that since there are no bottlenecks at the cross-border interconnection capacity, Germany and Austria can be considered as one geographic market for electricity generation. Given a broader geographic market established, the market share of the relevant undertakings is reduced to 65.7 per cent.⁶ However, BKartA is of the opinion that even though the recent market developments in the generation market ratchet down the market power of

¹ Bundeskartellamt, etc., (2013), pg. 168

² <http://www.bundeskartellamt.de/EN>

³ <http://www.bundesnetzagentur.de>

⁴ BKartA, decision of 12 March 2007, Case No B8-62/06 – *RWE Energy/Soar Ferngas*

⁵ Bundeskartellamt, etc., (2013), pg. 15.

⁶ Ibid.

existing market players, the non-market based procurement approach with respect to renewables generation causes great risks to the competitiveness of the market.¹

b. Wholesale Markets

Electricity is traded in the German wholesale market in two different ways, exchange trading and off-exchange trading. Although exchange trading accounts for only a small portion of the wholesale trade, it has significant price signaling effects.² There are two power exchanges available to wholesale traders for the trading of electricity, EPEX SPOT and EEX.³ While the former is for intra-day and day-ahead trading of electricity, where the electricity is purchased and sold at short notice and small quantities, the latter provides for the day-ahead and futures market, which assures the medium or long-term hedging of price risks. The lower prices in the exchange markets lead to re-negotiations on prices in the long-term supply contracts which further results in convergence in prices for electricity. The off-exchange trading of electricity, on the other hand, comprises bilateral trading of electricity and trading via brokers. The availability of electricity in both the exchange and off-exchange markets provides a sufficient amount of electricity for both the supply and demand side and liquid wholesale electricity markets which is fundamental for the competitiveness of the market. The question of whether the exchange trading of electricity is a separate product market from OTC trading is yet to be touched upon by the BKartA.

c. Retail Markets

The electricity traded in the wholesale market is supplied to regional or local electricity suppliers, which further sells the relevant quantities to the retail market. The German retail market for electricity can be considered reasonably competitive. Customers are able to choose from more than 50 suppliers, which are active in almost all network areas, even though the market share of four largest energy companies, E.ON, EnBW, RWE and Vattenfall, exceeds 45 per cent of the total retail market⁴. The switching rates of the consumers among active suppliers also rose to 10.4 per cent⁵. Unlike the European Commission, BKartA also provides an analysis of contractual changes in supply agreements which are regarded as important from a competitive perspective⁶. In so doing BKartA evaluates the nature of switching rates to see whether the switch is a result of a non-market based activity, such as moving house or due to the customers' awareness of the provisions of contracts, which also changes the structure of their supply contracts. Accordingly, BKartA finds that more than 90 per cent of industrial and business consumers have changed either their supplier or the structure of their contracts⁷. The change rate is rather low in household consumers, 40 per cent of whom continue to receive default supply services⁸. However, BKartA also notes that there is a continuous trend away from default supply contracts and that the increasing number of household consumers who change their supplier also change their structure of contracts under new terms with existing or new electricity suppliers⁹.

2. Natural Gas Markets

The most problematic feature of the German natural gas markets, which is also traditional, is that the upstream natural gas supply to the German market suffers from a high concentration with the two largest suppliers, Gazprom and Statoil exceeding 75 per cent of the market share, holding respectively 45 per cent and 26 per cent¹⁰. Supply relations on the upstream wholesale market are traditionally managed via long-term contracts (LTCs) with take-or-pay clauses. The volumes

¹ Ibid., pg., 16

² Ibid., pg., 92

³ European Commission, 'Single Market Progress Report: Country Profiles – Germany', [2014] pg. 91, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_countryreports_germany.pdf

⁴ Bundeskartellamt, etc., (2013), pg. 117

⁵ European Commission, (2014), pg. 93

⁶ Bundeskartellamt, etc., (2013), pg. 119

⁷ Ibid., pg. 121

⁸ Ibid., pg. 122

⁹ Ibid.

¹⁰ European Commission, (2014), pg. 91

purchased through LTCs are delivered to the downstream markets, which have two levels of supply. Accordingly, the natural gas is first acquired by the regional wholesalers, who supply natural gas to industrial customers or local/municipal wholesale suppliers through regional distribution pipelines. The local/municipal suppliers who acquire the natural gas from regional suppliers then sell it to the end consumers, via local distribution pipelines. Unlike other national markets, German natural market has no single high pressure transmission network. Instead, natural gas is transported through low pressure networks in various market areas with various transmission system operators¹. Therefore, the German market is devoid of a national grid-wide transmission market and the transportation of natural gas at the wholesale level is fragmented into multiple network areas, as is true of the retail level.

a. Wholesale markets

The German wholesale natural gas market was traditionally divided into more than twenty different market areas including different local and municipal market players with monopoly rights conferred by certain supply regions. Through the liberalisation process, these market areas have gradually been concentrated and since 1 October 2011, the natural gas market in Germany has been divided into two hubs, Gaspool and NetConnect Germany (NCG) where gas is traded through exchanges and off-exchanges. Even so, small price changes, up to 10 per cent can be observed in winter due to bottlenecks in the interconnection capacity, but there is still a price correlation between the two market areas. BKartA finds in *Gazprom/VNG*² that since the competitive conditions are quite similar in these market areas, the geographic scope of the market is considered to be national.

The share of natural gas traded in the exchanges is only three per cent³. However, price levels at the spot markets led the distributors to enter into revision negotiations with the natural gas importers. It is possible to trade any quantity of natural gas at the spot markets. The number of municipal or regional suppliers who change their gas supply contracts from LTCs to shorter and more flexible contracts is growing. Liquidity levels are increasing and the German wholesale market for natural gas is becoming more competitive. The geographic scope of the wholesale market, on the other hand remains national due to congestion levels at the interconnectors. According to the “Agency for Cooperation between Energy Regulators” (ACER)⁴ the contractual congestion levels between Germany and its neighbouring states are relatively high with decreasing levels of booking.

b. Retail Markets

BKartA identifies two groups of markets in the retail sector for natural gas:

- Market for supply of standard load profile customers and;
- Market for load-metered customers⁵.

Standard load profile customers are the final customers whose consumption is billed based upon a standard load profile without load metering. While private households and small business consumers are considered as standard load profile consumers, large industrial and business consumers are load-metered customers. BKartA’s differentiation is quite similar to the definition the European Commission employs in *RWE/Essent*⁶, on the basis of whether customers use half-hourly measured meters or not.

The number of gas suppliers delivering gas to end customers in several network areas grows. BKartA notes that in 70 per cent of the network areas, consumers can be supplied by thirty one

¹ There are fourteen transmission system operators responsible for the flow of natural gas at the wholesale level. *Bundeskartellamt, etc.*, (2013), pg. 212

² *Gazprom/VNG* (Case NO B8-116/11), BKartA decision of 31 January 2012.

³ *Bundeskartellamt, etc.*, (2013), pg. 160

⁴ Agency for Cooperation between Energy Regulators, ‘Annual Report on Congestion’ (2013), pg. 14, http://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER%20Gas%20Contractual%20Congestion%20Report%202014.pdf

⁵ *RWE/Saar Ferngas*, (Case NO B8-93/07) BKartA decision of 12/03/2007

⁶ *RWE/Essent* (Case COMP/M.5467), para. 280

different gas suppliers¹. However, the European Commission found that even though the available natural gas suppliers in the retail sector increased, the analysis of customer categories shows that the switching rate decreases to 7.92 per cent for households and 13.38 per cent for industrial customers². In Enovos/ESW³, BKartA also finds that according to the recent market conditions, even though the competition in the retail sector increased due to increasing number of available suppliers, a geographic market definition based on the network area remains as the most feasible approach.

c. The United Kingdom

The energy sector in the United Kingdom is considered the most competitive market in the EU⁴. Diversity in supplies, a large volume of trading in the hubs, high liquidity in supply and demand and the continuation of an effective liberalisation process, are the factors that indicate that competitiveness in the energy markets of the United Kingdom is better than in other countries. This does not mean that the UK energy markets are lacking barriers, which distort the energy trade and competition such as the existence of vertical integration in electricity generation markets or the decreasing domestic production of natural gas. Yet the market-based approach in the operation of the sector and competitive levels at the energy supply chains provide great benefits for energy consumers across the UK.

The energy sector in the United Kingdom is monitored and regulated by the Office of Electricity and Gas Markets⁵ (OFGEM) and the Competition and Markets Authority (CMA). While the role of OFGEM is to make sure that the interests of existing and future energy consumers are protected including the reduction of greenhouse emissions, and security of supply, the CMA⁶ is charged with protecting and enhancing competition for the benefit of consumers in the energy sector. Previously, the Office of Fair Trading (OFT) had been responsible for the protection of competition, commissioning decisions and fees against anti-competitive practices⁷. OFGEM and CMA work together to monitor the market, take action to strengthen competition, enforce the rules with which suppliers must comply and publish reports on the structure of the market⁸. The paper finds that along with Lithuania and Germany, the United Kingdom exemplifies how competitive conditions differ in a relatively more liberalised energy market.

1. Electricity

The most prominent feature of the electricity market in the UK is the vertical integration of supply undertakings, which is not the case in the natural gas market. The six big suppliers; SSE, Scottish Power, Npower, E.ON, EDF and Centrica (Big 6) accounting for 70 per cent of generation capacity, are also active in the trading and supply businesses. Furthermore, the involvement of Scottish Power and SSE in activities related to transmission and distribution assets⁹ results in

¹ Bundeskartellamt, etc., (2013), pg. 222

² European Commission, (2014), pg. 93

³ Enovos/ESW (Case NO B8-124/11) BKartA decision of 20/03/2011

⁴ The United Kingdom is noted as the first mover of liberalization process in the gas markets. In electricity markets, however, bilateral trading markets were developed much later than the markets established in the continental Europe. See; Competition Market Authority, (2015), *Energy Market Investigation: Gas Wholesale Market* pg.18, available at https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/54ff238040f0b6140700000c/Gas_wholesale_market.pdf

⁵ <https://www.ofgem.gov.uk>

⁶ <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

⁷ The CMA has taken on this role since OFT's closing on 1 April 2014.

⁸ In 27 March 2014, OFGEM, CMA and OPT published a document, 'State of Market Assessment', assessing how the energy markets in Great Britain are operating in the interests of households and small businesses. The document provides a detailed market analysis covering natural gas and electricity wholesale and retail markets.

⁹ There are three Transmission Operators responsible for the management of high voltage systems within their own distinct onshore transmission areas. These are National Grid Electricity Transmission plc (NGET) for England and Wales, Scottish Power Transmission Limited and SSE Scottish Hydro Electric Transmission plc.

concerns about the effective application of Third Party Access rights. The acquisitions and withdrawals of a number of market players in the mid-2000s increased the level of vertical integration, which further reduced the liquidity of the electricity markets significantly.¹ Even though OFGEM proposed a new license condition obliging the “Big 6” companies to release 10-20 per cent of their electricity generation into the market², the high market concentration due to vertical integration is still a major barrier to the effective functioning of wholesale and retail electricity markets in the UK.

a. Wholesale Market

In *ESBNI/NIE/PES*³, the OFT followed the Commission’s approach in *EDF/British Energy*⁴ and identified the generation and wholesale supply of electricity as belonging to the same market. The market comprises the production of electricity at the power plants and importations via interconnectors. In the generation sector, the energy mix used for power generation is mostly based on fossil fuels including 30 per cent coal and 40 per cent natural gas along with 20 per cent nuclear power. Even though the share of renewables is not negligible, corresponding to 5-10 per cent of production, their proportion to overall power generation is lower than the EU average.⁵

In the UK, electricity at the wholesale level can be traded through either exchanges or OTC. Hence 85 per cent of electricity is traded via OTC and 15 per cent is exchange traded⁶. The trading of electricity involves buying and selling of contracts, which have different maturity periods. Spot contracts have a maturity of on the day or day ahead delivery. Prompt contracts have a weekly period and Futures have a period of a month or more. The Commission in *EDF/British Energy*⁷ concluded that market investigations did not find a narrower market definition with respect to OTC and exchange trading but the one wholesale product market consisted of sub-segments. The OFT’s findings in *ICE/APX*⁸, however, differs from the Commission’s ruling. Accordingly, with respect to the buying and selling of prompt and futures contracts, which are characterised as “*derivatives*”, the exchange trading of electricity constitutes a separate product market from the OTC trading, since the “*derivatives*” in both markets have significantly different features regarding market players, trading strategies, costs and legal risks⁹. Furthermore, the OFT also concluded in *ICE/APX* that the spot contracts that trade electricity for short-term periods are distinct product markets from the derivatives which trade the electricity for long-term periods, which was an issue left open by the Commission, in *Tennet/Elia/Gasunie/APX-Endex*¹⁰. The OFT considered that customers trading via derivative contracts would be unlikely to switch to spot contracts as a response to a 5 per cent increase under the SSNIP test. Thus they do not constitute alternatives within the context of demand-side substitution.

b. Retail Markets

¹ OFGEM, ‘State of the Market Assessment’, [2014], pg. 84. https://www.ofgem.gov.uk/sites/default/files/docs/2014/03/assessment_document_published_1.pdf

² OFGEM, ‘The Retail Market Review – Findings and initial proposals’, [2011], pg. 8. <https://www.ofgem.gov.uk/ofgem-publications/39708/rmrfinal.pdf>

³ Office of Fair Trading (“OFT”). 2010. Anticipated Acquisition by ESBNI ltd. Of NIE plc, NIE Powerstream and PES. ME/4628/10. London: OFT pg. 6.

⁴ *EDF/British Energy* (Case COMP/M.5224) Commission Decision 22/12/2008, OJ C38/8, pg. 3

⁵ European Commission, Renewable Energy Statistics, *Eurostat statistics explained*, available at: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Proportion_of_electricity_generated_from_renewable_sources,_2013_\(%25_of_gross_electricity_consumption\)_YB15.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Proportion_of_electricity_generated_from_renewable_sources,_2013_(%25_of_gross_electricity_consumption)_YB15.png) accessed on 7/5/2015

⁶ European Commission, ‘Single Market Progress Report: Country Profiles – United Kingdom’, [2014] pg. 233, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_countryreports_unitedkingdom.pdf

⁷ *EDF/British Energy* (Case COMP/M.5224), pg.5

⁸ Office of Fair Trading (“OFT”). 2013. Anticipated Acquisition by intercontinental Exchange Inc of APX-ENDEX ME/5715/12, London:OFT

⁹ Office of Fair Trading (“OFT”). 2013. Anticipated Acquisition by intercontinental Exchange Inc of APX-ENDEX ME/5715/12, London:OFT, pg. 13.

¹⁰ *Ibid.*, para. 32.

Retail suppliers purchase electricity from the wholesale market or from power generators to sell to the large industrial, business and household consumers. Since the late 1990s, when full competition was introduced into the retail sector, the end consumers have been entitled to choose their electricity supplier freely¹. The prices that the consumers pay for the electricity they use is set by the retail suppliers and the end consumers can switch to any suppliers within the relevant region with respect to the prices changes. There are fourteen licensed distribution network operators in the UK, each of which is responsible for a specific distribution region. Even though, it is expected that the introduction of full liberalisation would improve the competitiveness of the energy markets, switching rates remain lower than the intended level. A 2014 report on the “State of Market Assessment”, which analysed switching rates extensively noted that the proportion of consumers who are proactively engaged in switching on the basis of market conditions remained around 11-12 per cent of the overall retail market².

In a detailed investigation, the report found that the market conditions for business consumers, including large industrial and commercial consumers, are more competitive. These consumers can trade with suppliers or brokers more easily compared to household consumers. The report also followed the European Commission’s finding with respect to the separation of end consumers into sub-segments based on the size of consumers and identified separate markets for large industrial, large and small business and household consumers with different suppliers active in each area. There are currently twelve domestic and twenty four non-domestic active suppliers present in the market. However, the market share of the Big 6 companies, who also own 70 per cent of power generation, reaches 95 per cent of the retail market³. Thus the existence of vertical integration and the high concentration in the electricity supply chain severely influences effective competition and the liquidity within the retail markets.

2. Natural Gas

In contrast to the electricity markets, the UK natural gas markets are mostly competitive with diversified energy supplies, and high levels of liquidity. Natural gas is supplied from several sources including gas fields on the UK and Norwegian continental shelf, LNGs from global gas fields as well as via interconnectors linking the UK with Belgium and Netherlands⁴. Furthermore vertical integration which was the main barrier to the competitiveness of the electricity markets, is not a feature of the natural gas markets. The share of the Big 6 in the upstream production of natural gas is limited to the UK and Norwegian continental shelf fields and only Centrica can be regarded as having an appreciable market power, holding a 12 per cent market share in the UK and two per cent in the Norwegian continental shelf⁵. Since the level of competitiveness is high at the upstream level, the concentration in the wholesale markets is low. However, the Big 6 suppliers still dominate retail markets, holding together more than 90 per cent of the market share.

a. Wholesale Market

The UK wholesale gas markets consist of buying and selling natural gas in the UK after its exploration and extraction. The natural gas that is brought to UK wholesale markets can be in the form of LNGs or transported through pipelines from other countries such as Norway or through interconnectors from Belgium, the Netherlands and Ireland. Storage facilities are also a significant part of the wholesale market since they are the most important means for balancing supply and demand in natural gas trading. Shippers, who deliver gas to the UK or transport it within the UK, trade with wholesalers, who go on to supply gas to other wholesalers or retailers.

The wholesale natural gas market in the UK includes exchange and OTC based trading the latter the most common form of gas trading. The sub-division of wholesale markets based on spot markets and derivatives, as in the case of electricity, is also relevant in natural gas sector. Gas prices at wholesale level are the same no matter which country the gas originated from, since gas trading

¹ European Commission, [2014], pg.234.

² OFGEM, ‘State of the Market Assessment’, [2014], pg. 28

³ Ibid., pg. 18

⁴ OFGEM, ‘State of the Market Assessment’, [2014], pg. 88

⁵ Ibid.

takes place solely in the gas hub¹, the National Balancing Point (NBP) which is the biggest gas hub across the EU. The amount of gas traded in the NBP accounts for 60-70 per cent of hub trading taking place in the EU². The NBP is also linked with TTF, the Dutch natural gas hub, which controls 20-30 per cent of gas hub trading in the EU³. Therefore the NBP and TTF represent 80-90 per cent of all gas trading in the EU hubs and VTPs, making these two countries the centres of natural gas trading across Europe.

The CMA in its *Energy Market Investigation*⁴ found that the geographical scope of the wholesale market for natural gas can be considered as EU wide or even global, due to the high interconnection capacity with other countries and the availability of shipping of LNG. Congestion levels at the interconnection capacities are negligible and there is strong price convergence between the NBP and its neighbouring hubs, Zeebrugge and TTF. This was not the case for the electricity wholesale markets where the CMA identified the geographical scope of the market as national rather than regional or EU-wide due to limited interconnection to France and Ireland.⁵

One of the problems that the UK wholesale markets face with respect to upstream supply is that the domestic production of natural gas is decreasing and more supplies from the EU are needed. CMA found that⁶ new supplies from the EU through inter-connectors would affect price levels in the UK wholesale market, since the new supplies are traded on the basis of conventional terms with oil price indexation and take-or-pay clauses. This is a serious concern for UK hub prices. While the price levels remain the same irrelevant from where the gas come from, with the growing share of continental natural gas in wholesale trading, price differentiations between new and existing supplies may occur which may result in further differentiations in the assessment of relevant markets within the wholesale trading of natural gas.

b. Retail Markets

The definition of relevant markets in the retail natural gas sector can be identified as similar to the characterisation of the European Commission. Accordingly, the retail markets can be subdivided into the markets for:

- Power plants;
- Large industrial and customers;
- Commercial customers and;
- Household customers.

In addition to the European Commission's approach, OFGEM also identified a separate market for power plants that are connected to the distribution networks⁷, rather than the transmission networks. The important feature of these power plants is that they are characterised as renewable power generators including Combined Heat and Power Plants (CHP), wind power, hydro-electric power, or one of the new smaller generation technologies⁸. OFGEM identified this

¹ See; <https://www.ofgem.gov.uk/gas/wholesale-market/gb-gas-wholesale-market>

² OFGEM, 'State of the Market Assessment', [2014], pg. 82

³ Office of Fair Trading ("OFT"). 2013. Anticipated Acquisition by intercontinental Exchange Inc of APX-ENDEX ME/5715/12, London:OFT, para. 12

⁴ Competition Market Authority, (2015), *Energy Market Investigation: Gas Wholesale Market* pg.18 available at https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/54ff238040f0b6140700000c/Gas_wholesale_market.pdf

⁵ Ibid.

⁶ CMA, 'Energy Market Investigation: Gas wholesale market, (10/03/2015), para. 15, https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/54ff238040f0b6140700000c/Gas_wholesale_market.pdf

⁷ There are eight distribution networks in the UK owned and managed by different operators with a relevant geographical region. These are National Grid Gas plc – East Midlands, West Midlands, North West England and East of England; Northern Gas Networks Limited – North East England; Wales & West Utilities Limited; Scotia Gas Networks Limited

⁸ See; <https://www.ofgem.gov.uk/electricity/distribution-networks/connections-and-competition/distributed-generation>

type of generation as “Distributed Generation” (DG) separate from other power plants connected to transmission networks.

Conclusion

This paper evaluated the policy of Energy Union and the challenges presented by the realities of national markets, incorporating a country-based analysis which represented a general landscape of energy markets around the EU. The EU’s expectations from the Energy Union is, inter alia, a EU-wide competitive energy market with competitive prices being converged through the construction of cross-border fixed infrastructure and thus acceleration of integration. Nevertheless, there are certain challenges the EU has to overcome before expecting inter-connectors would achieve this integration. First of all, the concentration at upstream levels in both natural gas and electricity markets proves to be hurdle for the Energy Union. Lithuania resides at the extreme end, where the upstream markets are of monopolized nature, in which one participant supplies to the overwhelming majority of the national market. In this regard, Lithuania represents a closed energy market, that is, the market structure is dominated by entry barriers placed by monopolies.

Germany found itself in the middle of the spectrum between liberalized and closed markets, greatly benefitting from market coupling and newly emerging hubs. Though not considered as highly competitive, German energy market benefits from oligopolistic competition which drives energy prices down at the upstream level. This price competition reflects to other levels of energy trade from wholesale to retail markets. Two challenges are of particular importance for the German energy markets. The first challenge Germany has to overcome is the existence of LTCs with take-or-pay clauses, which still dominate an important portion of energy markets and create price differences at the national level. The second is the oligopolistic upstream market structures in which suppliers, though not monopolists, can still exert considerable market power and abuse their dominant positions.

The UK has a liberalized energy markets with multiple upstream suppliers competing on prices of energy products. Though cannot be considered as perfectly competitive, the market structure does not have participants with considerable dominance, which allows the market to be less prone to market power. Cartels may still be an issue between major participants but this is an issue that can be addressed under competition law rather than an extensive market regulation. UK market with an established VTP offers derivative energy products which enable market participants to hedge their risks arising from their market positions and contracts and provides further liquidity into the market.

Differences between these countries clearly show the need for an approach to energy markets with a wider perspective extending beyond the borders of the EU. In order for a well-functioning, competitive Energy Union, the EU must pursue policies that diversify its energy suppliers at the upstream level. The EU is the biggest energy consumer in the World and it has to increase the number of its energy suppliers through cooperation and coordination with new partners. LNGs provide a valuable tool for diversification, yet the process is usually costly and the number of possible sellers is limited. There are newly found reserves in the south of the Mediterranean Sea, though the extraction and transportation of these new reserves require investment and financing. This picture, in fact, shows a great opportunity for cooperation between the EU and its prospective suppliers. Investment and funding from the EU can bring in these resources, immensely contributing to the diversification of energy supply for Europe. Several policies should be developed for that end, but perhaps what is needed at the first place is the EU’ recalibration of its foreign policy with a perspective more friendly towards its neighbors.

Literature

1. Agency for Cooperation between Energy Regulators (2013). Annual Report on Congestion (pg. 14), retrieved from http://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER%20Gas%20Contractual%20Congestion%20Report%202014.pdf

2. Bundeskartellamt (2013). Monitoringreport 2012, retrieved from http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/BNetzA/PressSection/ReportsPublications/2012/MonitoringReport2012.pdf?__blob=publicationFile
3. Cameron, P. D. (2007). Competition in the Energy Markets; Law and Regulation in the European Union, (2nd edn), Oxford, New York.
4. Commission Staff Working Document (2014). Trends and Developments in European Energy Markets 2014, retrieved from https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_energy_market_en_0.pdf
5. Communication from the European Commission (COM(2006) 851 Final), “the Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors.
6. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Achieving the 10% electricity interconnection target, making Europe’s electricity grid fit for 2020’, [2015] COM/2015/082 final, OJ L115/39.
7. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Achieving the 10% electricity interconnection target, making Europe’s electricity grid fit for 2020’, [2015] COM/2015/082 final, OJ L115/39.
8. Competition Market Authority (2015). Energy Market Investigation: Gas Wholesale Market, retrieved from https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/54ff238040f0b6140700000c/Gas_wholesale_market.pdf
9. Conte Guiseppe, et al. (2005). EDP/ENI/GDP: the Commission prohibits a merger between gas and electricity national incumbents. Competition Policy Newsletter, 1, 84-87.
10. Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity
11. Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas.
12. DG Energy of the European Commission (2014). Quarterly Report on European Gas Markets. Market Observatory for Energy, 7(4), 1-30.
13. Energy Charter (2004). The Concept of Relevant Market and Market Power in the Electricity Sector (Note from the ECT Secretariat), retrieved from <https://www.ogel.org/article.asp?key=1632>
14. Energy Charter (2013). In-depth review of the investment climate and market structure in the energy sector of Lithuania, retrieved from https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/ICMS/ICMS-Lithuania_2013_en.pdf
15. Energy Regulators Regional Association (2013). Baltic Energy Market Profile, retrieved from <https://erranet.org/wp-content/uploads/2016/05/Baltic-Outlook-final.pdf>
16. European Commission (2010). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: EU 2020 – A strategy for competitive, sustainable and secure energy, COM (2010) 639 final, Brussels.
17. European Commission (2014). Single Market Progress Report: Country Profiles – Germany, retrieved from https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_country_reports_germany.pdf
18. European Commission (2014). Single Market Progress Report: Country Profiles – Italy, retrieved from https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_country_reports_italy.pdf
19. European Commission (2014). Single Market Progress Report: Country Profiles – Lithuania, retrieved from https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_country_reports_lithuania.pdf
20. European Commission (2014). Single Market Progress Report: Country Profiles – United Kingdom, retrieved from https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2014_country_reports_unitedkingdom.pdf

21. European Commission (2015). Energy Union Package: Communication from The Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee, the Committees of the Regions and the European Investment: A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy, retrieved from https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/publication/FOR%20WEB%20energyunion_with%20annex_en.pdf
22. Heather P. (2012). Continental European Gas Hubs: Are They Fit for Purpose?. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies.
23. Hunt P. (2008). 'Entry-Exit Transmission Pricing With Notional Hubs: Can It Deliver a Pan-European Wholesale Market in Gas?', OIES NG23.
24. Mateus, A. M. and P. C. Authority (2008). How to integrate the European Energy Markets: a new vision. Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute, Kluwer Academic Publishers
25. National Commission for Energy Control and Prices (2014). Annual Report on Electricity and Natural Gas Markets of the Republic of Lithuania to the European Commission, retrieved from https://www.ceer.eu/documents/104400/3736793/C16_NR_Lithuania-EN.pdf/1c379f34-4e09-7311-e715-5974e45eab3f
26. OFGEM (2011). The Retail Market Review – Findings and initial proposals, retrieved from <https://www.ofgem.gov.uk/ofgem-publications/39708/rmrfinal.pdf>
27. OFGEM (2014). State of the Market Assessment, retrieved from https://www.ofgem.gov.uk/sites/default/files/docs/2014/03/assessment_document_published_1.pdf
28. Regulation (EC) 2009/714 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity.
29. Regulation (EC) 2009/715 on conditions for access to natural gas transmission networks.
30. Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure and repealing Decision No 1364/2006/EC and amending Regulations (EC) No 713/2009, (EC) No 714/2009 and (EC) No 715/2009.
31. Schaub A. (2000). Competition Policy and Liberalisation of Energy Markets' (Speech at European Utilities Circle) retrieved from http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000_023_en.pdf
32. Talus K. (2011). Long-term natural gas contracts and antitrust law in the European Union and the United States. The Journal of World Energy Law & Business, 4(3), 260-315.
33. Talus K. (2013). EU Energy Law and Policy: A Critical Account. Oxford: Oxford University Press.
34. The Law on Energy of the Republic of Lithuania (Official Gazette, 2002, No 56-2224; 2011, No 91-4319)
35. Van Vactor S. (2004). Flipping the Switch: The Transformation of Energy Markets. Ph.D. Thesis, Cambridge University.

Case Law

1. BKartA decision of 20/03/2011, Enovos/ESW (Case NO B8-124/11)
2. BKartA decision of 31 January 2012, Gazprom/VNG (Case NO B8-116/11)
3. BKartA, decision of 12 March 2007, RWE Energy/Soar Ferngas (Case No B8-62/06)
4. CEZ (Case AT.39727) Commission Decision 10/04/2013 OJ C 251 Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] O.J. C372/5.
5. E.ON Gas (COMP/39.317) Commission Decision 4/5/2010 OJ C278/9 E.ON/MOL (Case COMP/M.3696) Commission Decision 2006/622/EC OJL253/20EC [2004] OJ L103/1
6. EDF/British Energy (Case COMP/M.5225) Commission Decision 22/12/2008 OJ C38/8

7. EDF/Segebel (Case COMP/M.5549) Commission Decision 12/11/2009 EDP/ENI/GDP (Case COMP/M.3440) Commission Decision 2005/801/EC, [2005] OJ L302/69
8. ENI (Case COMP/39.315) Commission Decision 29/12/2010
9. Exxon/Mobil (Case No IV/M.1383) Commission Decision 2004/284/
10. Gaz de France (COMP/39.316) Commission Decision 03/12/2009
11. Gaz de France/Suez (Case COMP/M.4180), Commission Decision, 2007/194/EC, [2006], OJ L88/47
12. Gazprom/Wintershall/Target Companies (Case COMP/M.6910) Commission Decision 03/12/2013
13. Grupo Villar Mir/ENBW/Hidroelectrica (Case COMP/M.2434) Commission Decision 2004/135/EC, [2004] OJ L48/86
14. Iberdrola/Scottish Power (Case COMP/M.4517) Commission Decision 26/03/2007 OJ C110/
15. Office of Fair Trading (“OFT”). 2010. Anticipated Acquisition by ESBNI Ltd. Of NIE plc, NIE
16. Office of Fair Trading (“OFT”). 2013. Anticipated Acquisition by intercontinental Exchange Inc of APX-ENDEX ME/5715/12, London:OFT
17. OPCOM/Romanian Power exchange (Case AT.39984) Commission Decision 5/3/2014 OJ C 314.
18. Powerstream and PES. ME/4628/10. London: OFT
19. RWE/Essent (Case COMP/M.5467) Commission Decision 23/06/2009 OJ C222/1.
20. Sydkraft/Graninge (Case COMP/M.3268) Commission 2003/297/EC OJ C 297/22 .
21. TenneT/Elia/Gasunie/APX-Endex. (Case COMP/M.5911) Decision 15/09/2010.

The principles of the forced execution of the final civil court decisions and the essence of the procedure for contesting the acts of the bailiff according to the legislation of the Republic of Moldova

*Coban I., PhD, associate professor
Moldova State University*

Guaranteeing the right to a fair trial does not end with the adoption of a court decision. In this sense, the ECHR has repeatedly stated that the observance within the meaning of art. 6 of the ECHR of the right to a fair trial is essentially aimed at the partial transposition of the court order. Thus, the ECtHR has always reminded that the execution of a final court decision issued by any court must be considered as an integral part of the process within the meaning of Article 6 of the ECHR. Because, that right would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. It would be inconceivable that Article 6 paragraph 1 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions; to construe Article 6 as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the Convention (see, mutatis mutandis, the Golder v. the United Kingdom judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 16-18, paras. 34-36). Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the „trial” for the purposes of Article 6; moreover, the Court has already accepted this principle in cases concerning the length of proceedings (see, most recently, the Di Pede v. Italy and Zappia v. Italy judgments of 26 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, pp. 1383-1384, paras. 20-24, and pp. 1410-1411, paras. 16-20 respectively) [1, paragraph 40].

That is why the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) adopted at its 14th plenary meeting in Strasbourg on 9-10 December 2009 Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe's recommendation on enforcement, highlighting the importance of

execution of court decisions, pointing: for the rule of law to be maintained and for court users to have confidence in the court system, there needs to be effective but fair enforcement processes [2, paragraph 6].

Based on the above, it is undeniable the importance of the execution of civil court hearings as an integral part of the guarantees offered by a rule of law and a system of democratic justice. Reason why it is necessary to determine the place in the system of that stage in the process of doing justice.

Thus, according to the provisions of par. 4 art. 12 C. proc. of the Republic of Moldova: *“Civil procedural legislation establishes the manner of judging cases in civil actions resulting from civil, family, labor, housing, land, ecological and other legal relations, cases with special procedure and procedure in the ordinance (simplified), as well as those that appear in connection with the execution of the acts of the court and the acts of other authorities.”* Provision from which we can deduce the subsidiary character of the legislation in the field of forced execution of final civil court decisions compared to civil procedural law.

But with the adoption of the Enforcement Code of the Republic of Moldova by the Law of the Republic of Moldova no. 443 of 24.12.2004, published in the Official Gazette of the Republic of Moldova dated 05.11.2010 no.214-220 art. 704 has started the procedure of the codification of the legislation in the field of forced execution of final civil court decisions and practically laid the foundation of an independent branch in our legal system. Notwithstanding the natural evolutionary tendency to become an independent branch of law, we consider that: civil procedural law and enforcement of final civil judgments, both as legal institutions and as mechanisms in the administration of justice, are inextricably linked from each other and are continuously determined by each other: from an organizational point of view, as well as functionally.

Thus, with the adoption of the Law of the Republic of Moldova no. 113 of 17.06.2010 on bailiffs, published in the Official Gazette of the Republic of Moldova on 23.07.2010 no. 126-128 art. 406, our legal system has opted for a private enforcement mechanism. Thus, according to the provisions of art. 2 of the cited law, *the Bailiff is a private individual invested by the state with the competence to carry out activities of public interest provided by this law and other laws. In the exercise of his duties, the bailiff is the exponent of state power. Only the bailiff licensed and invested under the conditions of this law may carry out the forced execution.* This delegation of powers did not exonerate the state of responsibility in order to guarantee the proper execution of final civil judgments, as the state remains to provide and guarantee those domestic remedies that guarantee the proper execution of final civil judgments in the light of the right to a fair trial guaranteed through the light of art.6 ECHR.

If we analyze the provisions of the Enforcement Code of the Republic of Moldova, we notice that the enforcement procedure is governed by the following principles: legality (art. 2); equality (art.3); disposability (art. 4); humanism (art. 5); the language of the execution procedure (art. 6); independence of the bailiff (art. 7); the binding nature of the bailiff's requirements (art. 8); attacking the acts of the bailiff (art. 9). All these principles set out above form the basis of the system of enforcement of final civil judgments in an efficient and equitable manner, for all participants in the enforcement procedure, as well as in order to achieve the purpose and tasks of public interest.

The principle of legality – implies the establishment of those rigors and procedural guarantees against the activity of the bailiff in order to ensure the forced execution of the executory documents in strict accordance with the provisions of the normative acts in force. The arbitrariness and the whim of the bailiff being excluded, notwithstanding the fact that Republic of Moldova has chose for a private system of forced execution of final civil decisions. However, the so-called liberalization of the system of forced execution of final civil decisions did not abolish the need to maintain compliance in the field of guaranteeing in order to guarantee a *happy ending* through the prism of art. 6 ECHR.

The principle of equality – regulates the manner and conditions of enforcement of enforcement documents regardless of the state of the participants in the procedure of enforcement of

civil judgments whether we are talking about persons in charge, individuals, also regardless of race, nationality, origin ethnicity, language, religion, sex, opinion, political affiliation, wealth or social origin, and on legal persons, regardless of the type of property and the legal form of organization.

The principle of disposability – extends the volitional nature of the procedural acts of the participants in the enforcement procedure. And it can be seen both through the prism of the active subject – the creditor, and through the prism of the debtor. Thus, the creditor has the right to request the forced execution of the executory documents, as well as to give up the started execution or to postpone its start, within the limits of the prescription of the established right. In turn, the debtor can voluntarily execute the executory document. And the parties in the enforcement procedure (creditor and debtor) can execute the enforcement document by concluding a transaction under the law.

The principle of humanism – the manner and conditions of execution of enforcement documents are established on the principle of respect for human rights and may not be intended to cause physical and moral suffering or material damage.

Principle of the language of the proceedings – it is vital that the participants in the enforcement proceedings know the extent of their procedural rights and obligations, which is why everyone is presumed to know the official language of the state entity of which they are residents, which is why the legislator established the rule execution is conducted in the state language. As a guarantee, in order not to violate the rights of other persons who do not know the language of the proceedings, the participants in the enforcement proceedings have the right to be acquainted with the documents of the enforcement proceedings and to speak through the interpreter.

The principle of independence of the bailiff – the essence of the promoted reform was not intended to move the field of enforcement of final civil judgments from the responsibility of public authorities in the private sphere, without regulating a practical and effective mechanism. Or, the simple passing of the attributions in the field to some individuals, without offering some guarantees, would have been doomed to failure. Which is why, as a primary guarantee, bailiffs were guaranteed independence in the execution of enforcement documents, as they were subject only to the law. Any interference in the activity of execution of the executory documents is inadmissible and attracts the liability provided by law.

The principle of the obligatory character of the bailiff's requirements – another no less important guarantee of the exercise of the bailiff's tasks and attributions at the execution of the final civil court decisions is the obligatory character of his requirements. The only limitation is that the requirements of the bailiff must be submitted in the established manner the normative acts in force. In this respect, the requirements of the bailiff are mandatory for all public authorities, legal persons, persons in charge and individuals. Moreover, persons who do not comply with the requirements of the bailiff or who impede their execution bear legal responsibility.

The principle of challenging the acts of the bailiff – this rule establishes the questionable character of the acts and actions of the bailiff. Contrary to the appearance of the transfer on the acts and actions of the bailiff of the indisputable character of the irrevocable court act, which is the object of the enforcement procedure, they cannot benefit from such immunity, for the simple reason that they go beyond the scope of *res judicata* on another new subject: the bailiff and finally cannot restrict the right to defense and free access to justice of defense participants in case of abuse or error by the new plaintiff in the enforcement of the judicial act invested with enforceable force. Because we cannot deny that the activity of administering justice as well as that of fulfilling the attributions and duties related to the execution of the executory document, is exercised by a subjective factor. And if the judge, who is the main character of the process of carrying out the act of justice, does not benefit from an infallible immunity from possible judicial errors, by implementing different forms of implementation of judicial control. Then, all the more, the bailiff – as a key subject in the process of transposing into life the result of the judge's activity, is not exempt from the possibility of making mistakes, as in fact any sphere of human activity. Reason for which it is natural to create a legal mechanism to correct these mistakes – by establishing in Title IV of the Enforcement Code of the Republic of Moldova the institution: *Contesting the acts of the bailiff*.

The contestation of the bailiff's acts – is carried out by means of the *enforcement appeal*. The request regarding the contestation of the execution acts or of the actions or inaction of the bailiff is submitted *directly* to the court in whose territorial area the bailiff's office is located – not being necessary to observe a preliminary procedure (*the only exception is the case provided in art. 65 par. 3 Enforcement Code of the Republic of Moldova – when we speak of the correction of material or formal errors committed in the preparation of acts related to the performance of duties and duties of execution of enforcement documents, in this case according to Article 163 paragraph 3¹ Enforcement Code of the Republic of Moldova, this will serve as a basis for removing the application from the list in accordance with the provisions of art. 267 letter a) of the Code of Civil Procedure*).

The acts of the bailiff may be challenged not only by the parties to the enforcement proceedings, but also by other participants in the enforcement proceedings, as well as by third parties who consider that the enforcement acts or actions or inaction of the bailiff have been violated. recognized by law.

Requests regarding the contestation of the enforcement acts or of the actions or inaction of the bailiff are not imposed with state fee.

The enforcement act drawn up by the bailiff may be challenged by the participants in the enforcement process, according to the general rule, within 15 days from the date on which they found out or should have found out about these documents. For certain categories of documents drawn up by the bailiff, the law also provides special terms (*for example: according to art. 118 para. 5 of the Enforcement Code of the Republic of Moldova within 7 days from the date of its preparation or communication*). And third parties who did not participate in the enforcement process may challenge the enforcement documents, drawn up by the bailiff, within 15 days from the date on which they found out or must find out about these documents. And in case the interested person missed for some reason the term for contesting the bailiff's act, it can be reinstated within the term for contesting under the conditions of art. 116 of the Code of Civil Procedure of the Republic of Moldova.

Although in the initial wording of the Enforcement Code of the Republic of Moldova was provided *a deadline for contesting the acts of the bailiff of no more than 6 months from the time of their commission*, by the Decision of the Constitutional Court of the Republic of Moldova no. 8 from 05.04.2019, published in the Official Gazette of the Republic of Moldova dated 26.04.2019 no. 148-158 art. 77, the mentioned regulation was rightly declared unconstitutional.

According to art. 163 of the Code of Execution of the Republic of Moldova, the request for contesting the enforcement acts is judged under the conditions of the Code of Civil Procedure – *ie* according to the rules of examination of a request for summons. The bailiff attracts himself *ex officio* as an accessory intervener and is obliged to present to the court a certified copy of the enforcement procedure and to give written explanations regarding the contested acts. **Thus, establishing the written character of the procedure for examining the request for contesting the enforcement acts.** In case of unjustified non-execution of the court's requirement to present the certified copy of the enforcement procedure or the presentation of written explanations, the bailiff is sanctioned by the court with a fine of up to 50 conventional units (*equivalent to approximately 140\$ USA*). And the conclusion of the court regarding the application of the sanction is enforceable from the moment of issuance and can be appealed together with the conclusion by which the request regarding the contestation of the execution acts is solved.

In case of contesting the act drawn up by the bailiff, the *burden of proof* is placed on the *plaintiff*.

Enforcement documents drawn up by the bailiff, which are legal in substance, cannot be annulled on formal grounds.

Complaints from the application for contesting enforcement acts drawn up by the bailiff or his / her actions / inaction are filed against the creditor or debtor. If the amount of the bailiff's fee is contested, the complaint is filed against him.

The decision of the court of first instance can be appealed.

In the case of defending the rights of other persons who are not parties to the enforcement procedure, they may defend their legitimate rights and interests by bringing an action in the contentious (general) procedure.

Literature

1. European Court of Human Rights, Case of Hornsby v. Greece, Judgement from 19 march 1997, application nr. 18357/91, published on:

2. GUIDELINES FOR A BETTER IMPLEMENTATION OF THE EXISTING COUNCIL OF EUROPE'S RECOMMENDATION ON ENFORCEMENT adopted by the CEPEJ at its 14th plenary meeting (Strasbourg, 9 – 10 December 2009), published on:

Obiectul de atentare al infracțiunilor legate de traficul de droguri

*Dumneanu L., doctor în drept, conferențiar universitar
Universitatea de Stat din Moldova*

*Ștefănoaia M., doctor în drept, lector superior universitar
Universitatea “Ștefan cel Mare” din Suceava*

Mergând de la general la particular, în cele ce urmează ne vom referi la obiectul juridic generic al infracțiunilor legate de traficul ilicit de droguri.

I. Hadîrcă nu sprijină opinia expusă de D. Dumitrescu și V. Bujor, conform căreia sănătatea publică formează valoarea socială fundamentală apărată împotriva infracțiunilor prevăzute la art. 217, 217¹-217⁶, 218 și 219 CP RM [1, p. 64]. După I. Hadîrcă, „nu poate fi ignorat faptul că sănătatea publică este complementară conviețuirii sociale. Împreună, acestea formează valoarea socială fundamentală ocrotită împotriva infracțiunilor prevăzute la art. 211-222 CP RM” [2, p. 110-117]. Susținem această poziție care se întemeiază chiar pe denumirea Capitolului VIII din partea specială a Codului penal al Republicii Moldova – „Infracțiuni contra sănătății publice și conviețuirii sociale” – capitol din care fac parte infracțiunile prevăzute la art. 217¹, 217⁴ și 217⁶ CP RM. Deoarece partea nu poate fi identificată cu întregul, relațiile sociale cu privire la sănătatea publică și conviețuirea socială formează obiectul juridic generic al infracțiunilor prevăzute la art. 217¹, 217⁴ și 217⁶ CP RM.

Vorbind despre distincția dintre obiectul juridic generic al infracțiunii și obiectul juridic special al infracțiunii, C. Bulai și B.N. Bulai consideră că aceasta servește „la sistematizarea părții speciale a dreptului penal. [...] Sistematizarea este posibilă și cu privire la infracțiunile prevăzute în legi speciale” [3, p. 198]. La rândul său, M.A. Hotca afirmă: „Asocierea sau reunirea mai multor infracțiuni într-un grup de infracțiuni se face în raport de valoarea socială mai importantă (ca regulă) și servește la clasificarea infracțiunilor din partea specială a Codului penal sau din legile penale speciale” [4, p. 212]. În mod firesc, legile speciale nu fac parte din structura Codului penal. Cu toate acestea, infracțiunile, care sunt prevăzute de legi speciale, au un obiect juridic generic. Nu constituie excepție nici Legea României nr. 143/2000.

Putem remarca o anumită similitudine dintre conținutul obiectului juridic generic al infracțiunilor prevăzute la art. 217, 217¹-217⁶, 218 și 219 CP RM și conținutul obiectului juridic generic al infracțiunilor prevăzute de Legea României nr. 143/2000.

În legile penale ale altor state concepția de apartenență de grup a infracțiunilor legate de traficul de droguri se prezintă în mod variat.

De exemplu, o secțiune distinctă în cadrul capitolului privind atingerile aduse integrității fizice sau psihice a persoanei există în Codul penal al Republicii Franceze: art. 222-34 – 222-43-1 formează Secțiunea 4 „Despre traficul de stupefiante” din Titlul II „Despre infracțiuni contra persoanei” al Capitolului II „Despre atingerile aduse integrității fizice sau psihice a persoanei” [5].

În Codul penal al Republicii Slovace, § 171-174 fac parte din Capitolul doi „Infrațiuni care pun în pericol viața și integritatea corporală” [6].

Un capitol distinct privind infracțiunile legate de traficul de droguri atestăm în: Codul penal al Republicii Finlanda: Capitolul 50 „Infrațiuni la regimul substanțelor narcotice” (Secțiunile 1-8) [7]; Codul penal al Republicii Lituania: Capitolul XXXVII „Infrațiuni și contravenții privind deținerea de substanțe narcotice sau psihotrope, toxice sau foarte active” (art. 259-269) [8]; Codul penal al Republicii Georgia: Capitolul XXXIII „Infrațiuni legate de droguri” (art. 260-274) [9].

Această abordare se apropie de cea a legiuitorului ucrainean. În Codul penal al Ucrainei, art. 305-320 formează Capitolul XIII „Infrațiunile săvârșite în sfera circulației de stupefiante, de substanțe psihotrope, de analogi sau de precursuri și alte infracțiuni contra sănătății publice” [10].

O secțiune distinctă în cadrul capitolului privind infracțiunile contra sănătății publice găsim în Codul penal al Republicii Estonia: § 183-191 alcătuiesc Secțiunea 1 „Infrațiuni legate de substanțele narcotice” care face parte din Capitolul 12 „Infrațiuni contra sănătății publice” [11].

În cazuri mai frecvente, atestăm incriminarea infracțiunilor legate de traficul de droguri într-un capitol privind infracțiunile contra sănătății publice / sănătății umane / sănătății. În Codul penal al Regatului Spaniei, art. 368-378 sunt inserate în Capitolul III „Delicte împotriva sănătății publice” din Titlul XVII „Delictele împotriva siguranței colective” [12]. În Codul penal al Republicii Bulgaria, art. 354a-354c fac parte din Secțiunea III „Infrațiuni împotriva sănătății publice și a mediului înconjurător” a Capitolului XI „Infrațiuni de pericol general” [13]. În Codul penal al Republicii Slovenia, art. 186 și 187 sunt amplasate în Capitolul XX „Infrațiuni contra sănătății publice” [14]. În Codul penal al Republicii Croația, art. 190 și 191 sunt incluse în Capitolul XIX „Infrațiuni împotriva sănătății umane” [15]. În Codul penal al Ungariei, secțiunile 176-184 fac parte din Capitolul XVII „Infrațiuni împotriva sănătății” [16].

Nu diferă mult concepția implementată de legiuitorul rus. Art. 228-234¹ sunt inserate în Capitolul 25 „Infrațiuni contra sănătății publice și a moralității publice” [17].

O abordare mai largă atestăm în Codul penal al Regatului Danemarcei: art. 191 și 191a sunt integrate în Capitolul 20 „Infrațiuni de pericol general” [18]. În mod similar, în Codul penal al Republicii Cehe, secțiunile 283-286 fac parte din Diviziunea 1 „Fapte penale care constituie o amenințare la adresa publicului” a Capitolului VII „Fapte penale care reprezintă un pericol general” [18].

Nu în ultimul rând, în Codul penal al Republicii Letonia, art. 249-256 sunt incluse în Capitolul XX „Infrațiuni împotriva siguranței generale și ordinii publice” [19].

În cele mai multe exemple prezentate mai sus, legiuitorii consideră că sănătatea publică este valoarea socială care, într-un fel sau altul, este afectată în rezultatul săvârșirii infracțiunilor legate de traficul de droguri. O asemenea viziune este inspirată de actele de referință cu vocație internațională. De exemplu, în Convenția de la New York, în preambul, se folosește formularea: „Părțile, îngrijorate de sănătatea fizică și morală a umanității [...]” [20]. În Convenția de la Viena din 1971, în preambul, găsim cuvintele: „Părțile, din grija pentru sănătatea fizică și morală a omenirii, preocupate de problema sănătății publice [...]” [21]. În Convenția de la Viena din 1988, în preambul, se arată că producția, cererea și traficul ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope „reprezintă o gravă amenințare pentru sănătatea și bunăstarea persoanelor” [22]. Atunci când vorbim despre pericolul social al traficului de droguri, sănătatea copiilor și a tinerilor se distinge ca segment al sănătății publice. Or, în pct. (28a) din Poziția Parlamentului European adoptată în primă lectură la 17.04.2014 în vederea adoptării Regulamentului (UE) nr. .../2014 al Parlamentului European și al Consiliului privind noile substanțe psihoactive, se menționează: „Copiii și adolescenții sunt în special vulnerabili în fața pericolelor pe care le reprezintă aceste noi substanțe ale căror riscuri rămân necunoscute la scară largă” [23]. A. Bulgac susține: „Principala categorie de populație vulnerabilă la consumul de droguri este, fără îndoială, tineretul nostru. Spre deosebire de populația matură, tinerii sunt deschiși noului, predispuși să experimenteze, aceasta comportând anumite riscuri” [24, p.23-28]. În aceeași ordine de idei, J. Drăgan afirmă: „În grupul de risc deseori ajung copiii de vârstă adolescentină, care trec prin „perioada neînțelegerii”, când părinții nu le sunt prieteni sau se află departe. În acest caz, adolescenții caută metode de depășire a emoțiilor, de

eliminarea a stresului. Și unii găsesc în consumul de droguri” [25, p.25]. La rândul său, M. Bălan remarcă: „Adolescenții și tinerii constituie categoria cea mai vulnerabilă, deoarece aceștia sunt mai deschiși la nou, mai predispuși la diferite experiențe, mai permeabili în adoptarea unor comportamente de risc. Este o vârstă caracterizată prin dorința de a face descoperiri, de a explora mediul înconjurător, o etapă în care se deschide un orizont de posibilități aparent nelimitate. Fiind o perioadă confuză, de schimbări și de căutare a propriei identități, tinerii recurg la consumul de substanțe” [26, p.115-134].

În definițiile noțiunii de „sănătate publică” din actele normative, obiectul („sănătatea publică”) este confundat cu mijlocul („protecția și supravegherea sănătății publice”). Despre aceasta ne vorbesc afinitățile dintre definiția noțiunii de sănătate publică din actele normative susmenționate și alte două definiții din art. 2 al Legii Republicii Moldova nr. 10 din 03.02.2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice: „protecția sănătății – ansamblu de activități orientate spre punerea în aplicare a actelor legislative și a altor acte normative în scopul garantării siguranței și protejării sănătății umane”; „supravegherea de stat a sănătății publice – activități întreprinse în numele statului, orientate spre colectarea continuă, analiza, interpretarea și difuzarea datelor privind starea de sănătate a populației și factorii care o determină, precum și activitățile controlului de stat în sănătatea publică în baza cărora sunt identificate prioritățile de sănătate publică și instituite măsuri de sănătate publică”.

Drept urmare, considerăm mai plauzibilă definiția noțiunii de „sănătate publică” din dispoziția de la lit. a) alin. (1) art. 4 din Legea României nr. 95 din 14.04.2006 privind reforma în domeniul sănătății: „sănătatea publică – starea de sănătate a populației în raport cu determinanții stării de sănătate: socio-economici, biologici, de mediu, stil de viață, asigurarea cu servicii de sănătate, calitatea și accesibilitatea serviciilor de sănătate” [26]. Definiții ale noțiunii de „sănătate publică” sunt propuse și în literatura de specialitate. Astfel, D.A. Șerban este de părerea că sănătatea publică este o „sumă a stării de sănătate a tuturor indivizilor” [27, p.42-54]. După V. Zmuncilă, „noțiunile „sănătate publică” și „sănătatea persoanei” sunt interdependente. Scopul ocrotirii sănătății populației este păstrarea și fortificarea sănătății fizice și psihice a fiecărui individ, promovarea modului sănătos de viață de către fiecare individ, acordarea asistenței medicale în caz de necesitate. Aceasta, însă, nu știrbește din însemnătatea sănătății publice, care rămâne a fi sănătatea unei mase mai mari de oameni, a unui sume nedeterminate de indivizi” [28, p.280-285]. În opinia lui S. Brînza și V. Stati, „sănătatea publică constituie sănătatea unei anumite mase de oameni, a unui *sumum* nedeterminat de indivizi nepersonificați” [29, p. 1077]. I. Moscalciuc afirmă: „Sănătatea publică este valoarea socială reprezentând sănătatea cumulată a indivizilor care formează un grup social organizat – sat, oraș, raion, municipiu, societatea în ansamblu” [30, p. 153-161]. Nu în ultimul rând, I. Hadîrcă susține: „Sănătatea publică – „starea de sănătate fizică sau psihică a unui grup relativ numeros de persoane nedeterminate, reprezentând în unele cazuri o comunitate locală sau populația întregii țări” [31, p. 110-117].

Din cele menționate mai sus, se poate deduce că sănătatea publică este sănătatea oamenilor, condiționată de impactul factorilor de mediu, biologici și sociali. Sănătatea publică determină nivelul culturii, al economiei, al dezvoltării și prosperității fizice și spirituale a națiunii. Apărarea penală a sănătății publice este o condiție indispensabilă pentru reducerea morbidității, asigurarea existenței biologice a membrilor societății, a bunăstării fizice, mentale și sociale a acestora. Sănătatea publică face parte din rândul valorilor sociale colective (de rând cu: conviețuirea socială; securitatea publică / siguranța publică; ordinea publică / ordinea și liniștea publică; securitatea de stat / securitatea națională, etc.), nu al valorilor sociale individuale (de exemplu: viața persoanei; sănătatea (sau integritatea corporală) a persoanei); libertatea persoanei, etc.).

Literatura

1. Dumitrescu D., Bujor V. Traficul de droguri: reglementări internaționale și naționale. Chișinău: [s. n.], 2004, 100 p. ISBN 9975-9835-7-X.
2. Hadîrcă I. Obiectul juridic al infracțiunilor legate de traficul ilicit de droguri și precursori: controverse și soluții. În: Revista Institutului Național al Justiției, 2008, nr. 1-2. ISSN 1857-2405.

3. Bulai C. Manual de drept penal. Partea generală. București: ALL, 1997. 647 p. ISBN 973-9229-74-3.
4. Hotca M.A. Codul penal: comentarii și explicații. București: C.H. Beck, 2007. 1593 p. ISBN 978-973-115-001-7.
5. Codul penal al Republicii Franceze / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Franta-RO.html
6. Codul penal al Republicii Slovace / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Slovacia-RO.html
7. Codul penal al Republicii Finlanda / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Finlanda-RO.html
8. Codul penal al Republicii Lituania / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Lituania-RO.html
9. Criminal Code of Georgia. Disponibil: matsne.gov.ge/en/document/download/16426/157/en/pdf
10. Кримінальний кодекс України. Disponibil: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
11. Codul penal al Republicii Estonia / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Estonia-RO.html
12. Codul penal al Regatului Spaniei / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Spania-RO.html
13. Codul penal al Republicii Bulgaria / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Bulgaria-RO.html
14. Codul penal al Republicii Slovenia / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Slovenia-RO.html
15. Codul penal al Republicii Croația / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Croatia-RO.html
16. Codul penal al Ungariei / coord.: T. Toader. Disponibil: <http://codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Ungaria-RO.html>
17. Уголовный кодекс Российской Федерации. Disponibil: pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody&nd=102041891
18. Codul penal al Regatului Danemarcei / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Danemarca-RO.html
19. Codul penal al Republicii Cehe / coord.: T. Toader. Disponibil: codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Cehia-RO.html
20. Codul penal al Republicii Letonia / coord.: T. Toader. Disponibil: <http://codexpenal.just.ro/laws/Cod-Penal-Letonia-RO.html>
21. Single Convention on Narcotic Drugs. Disponibil: https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf
22. Convention on Psychotropic Substances. Disponibil: https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf
23. Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Disponibil: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf Poziția Parlamentului European adoptată în primă lectură la 17 aprilie 2014 în vederea adoptării Regulamentului (UE) nr. .../2014 al Parlamentului European și al Consiliului privind noile substanțe psihoactive. Disponibil: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/18_2013_0305_/18_2013_0305_ro.pdf
24. Bulgac A. Aspectele medico-sociale ale consumului de droguri și recomandări practice pentru evitarea acestui fenomen. În: Rolul societății și a organelor de drept în contracararea narcomaniei: Materialele conf. șt.-practice intern., 9 oct. 2008. Chișinău: Academia „Ștefan cel Mare” a MAI al RM, 2009, p. 23-28. ISBN 978-9975-930-91-8.

25. Bălan M. Efectele economice și sociale ale consumului de droguri în România în context european. În: Acta Universitatis George Bacovia. Juridica, 2019, vol. 8, nr. 1, p. 115-134. ISSN 2285-0171.
26. Legea României nr. 95 din 14.04.2006 privind reforma în domeniul sănătății. În: Monitorul Oficial al României, 2006, nr. 372.
27. Șerban D.A. Incriminarea actelor premergătoare consumului de droguri – mijloc indirect pentru interzicerea autolezării prin consumul de droguri – Analiză comparativă între consumul de droguri și consumul de alcool. În: Caiete de Drept Penal, 2009, nr. 4. ISSN 1841-6047.
28. Zmuncilă V. Obiectul infracțiunilor de circulație ilegală a substanțelor narcotice, psihotrope sau a analoagelor lor. În: Anale științifice ale Academiei „Ștefan cel Mare” a MAI al RM: științe socio-umane, 2009, nr. IX, . ISSN 1857-0976.
29. Brînza S., Stati V. Tratat de drept penal. Partea specială. Vol. I. Chișinău: Tipografia Centrală, 2015. 1328 p. ISBN 978-9975-53-469-7.
30. Moscalciuc I. Caracteristicile obiectului juridic al infracțiunilor săvârșite în sfera consumului de produse și servicii. În: Revista Științifică a USM „Studia Universitatis”, Seria „Științe sociale”, 2007, nr. 6. ISSN 1857-2081.
31. Hadîrcă I. Obiectul juridic al infracțiunilor legate de traficul ilicit de droguri și precursori: controverse și soluții. În: Revista Institutului Național al Justiției, 2008, nr. 1-2. ISSN 1857-2405.

Some conclusions about insult and slander in the perspective of the Criminal code and Code of contraventions of the Republic of Moldova

*Gyrla L.G., Ph.D. in Law, docent
Moldova State University*

This article is dedicated to the development of the concepts of insult and slander in the architecture of the Criminal Code and the Code of Contraventions of the Republic of Moldova. From the point of view of the criminal law, the encroachment ceases to be harmful, as a general legal norm, criminal liability for slander and insult being excluded; the modern criminal law removes these encroachments from the list of criminally punishable mental violence. At the same time, the special norms of slander and insult are kept in the system of the Special Part of the Criminal Code of the Republic of Moldova, being subjected to certain conditions for the occurrence of criminal liability.

As a result of the analysis, it was proved that such actions are heterogeneous, randomized and subjective. The offender pretends that his assessment is objective, and not just his own. It is substantiated that the presence or absence of insult is established both taking into account the objective meaning in a particular situation of the actions committed by the guilty person and the words used, and the subjective perception by the victim. Conclusions and recommendations are formulated in order to improve the current legislation.

In the Criminal Code and the Code of Contraventions of the Republic of Moldova, insult and slander are punishable acts against the honor, dignity, social or professional reputation of a person. Releasing from criminal liability for slander and insult, as general forms of criminal offenses, removes these harmful acts from the list of criminal mental violence. At the same time, special norms of slander and insult are preserved in the Special Part of the Criminal Code.

In addition to the well-known doctrine of the criminal law on honor and dignity, the reputation of the victim may also suffer as a result of harmful misbehavior, which is directly stated in the Code of Contraventions of the Republic of Moldova. So, in our opinion, *reputation* is understood as a personal non-property (immaterial) benefit, expressed in the manifestation of respect for the moral sphere of the individual by third parties, which are protected by the law, conditioned by the will of the person to protect his or her reputation.

Properly, insult and slander can consist in attributing facts, in using expressions, profanity, in performing humiliating actions, in a humiliating comparison, in unjustified mockery, bullying, in the formulation of fabrications consisting in underestimating the self-esteem of another person. Using an unrestrained interpretation, we can conclude that such actions are heterogeneous, random and subjective. The perpetrator pretends that his assessment is objective, and not just his own. The specified category of unlawful acts may entail dishonor, discredit and disapproval for the victim.

As a general rule, as opposed to slander, insult implies the expression of value judgments directly to person to whom they relate, always addressed to him, being brought personally to his attention. Insult implies an obvious targeting against a certain person, a state of open confrontation and active verbal attack. In such cases, beyond a reasonable doubt, offensive gestures and speeches are addressed directly to the victim. Consecutively, in case of general abstract characteristics and hints, where the addressee cannot be identified unambiguously, the *Corpus Delicti* of the insult will be absent.

Sometimes, the act of insult can be committed in oblique way by addressing a disgracing message to the child of the victim about his or her parent.

An insult can be inflicted to the victim, both in the absence of outsiders and in the presence of witnesses. Cases of so-called absentee insult are also possible, when the insult of a specific person is carried out in his absence, but the perpetrator expects in a reasonable way that his statements will be brought to the attention of the insulted person. As a result, in our opinion, the statement according to which “an insult can take place only when it is committed directly in the presence of the victim” [1, c. 215-216] is erroneous.

The modern digital world is making its own adjustments and changing the assessment of the situation. The peculiarity of digital communication is remoteness, the difference in timing of receiving and responding to messages, the risk of reading the message by another person, not the addressee, respectively, and the presence of the victim when insulted is not a mandatory sign of *Corpus Delicti*. Suppose a victim receives an offensive letter in a language that does not understand, or mistakenly deletes a previously received message, or has not read it. Therefore, sending an electronic message to the addressee does not imply the personal physical presence of the victim of insult (sent remotely) and does not mean that the person will be able to receive offensive content at the same time as it was sent.

According to part (1) of article 69 of the Code of Contraventions [2], insult should be distinguished from hooliganism, being displayed similar objective elements. So, despite the fact that hooligan actions are often associated with insults addressed to a specific identifiable person, the key difference between these two acts is the qualitative characteristic of the motive of the act: hooliganism is based on hooligan motives, while the insult is based on personal hostility arising from the previous relationship between the perpetrator and the victim.

The method of spreading specified in the law “*through the media*” (part (2) Article 69 of the Code of Contraventions) need to be replaced with the term “*publicly*”, which is the similar but not the same. The argument in favor of expanding the existing legislative formulation by this legislative upgrade will be the following: the insult is considered to be public, it is expressed in the media, as well as by other ways of bringing the insult to a wide range of people: in painting, cinematography, exposed for viewing, etc.

In the case of slander (Article 70 of the Code of Contraventions of the Republic of Moldova), a person, communicating with several people, voluntarily insults the reputation of the absent person. Slander, in particular, consists in attributing to the victim actions that he did not commit, being aware that such information is fictitious and does not correspond to reality, confusing the perception of third parties who believe that this information is true. The slanderer may resort to, for example, the use of words, letters, correspondence, drawings and pictures.

At the same time, slander should be distinguished from the so-called rumor, as a social and/or professional characteristic of another person, since in the case of rumor, an opinion about a person is formulated and expressed without intentionally denigrating his personality. In case of slander, at the moment of expressing offensive and untrue fabrications about him, the person is

absent or being physically present, he or she is not able to realize the harmful character of the acts committed against him (deep sleep, a state of heavy intoxication, etc.).

In our opinion, the moment of the consumption of slander should be recognized the moment of adequate perception of the content of information by at least one person to whom such a message is addressed. For this purpose, it is not enough to simply externalize slanderous conclusions, but their perception, since any form of communication (dialogue) which means a two-way public attitude to the exchange of news (transmission and reception). An attempt to slander will be considered a case when a letter was sent to the addressee, but because of objective reasons such it did not reach him (the addressee could not read and understand the meaning of what was written, for example, did not understand the language, could not download and unpack the email, etc.).

The norm on defamation does not speak of any special purposes, it will be enough that the intent is aimed at transmitting slanderous information to other persons. Let us repeat that in the case of slander, the victim cannot physically perceive information about himself, he is simply absent in the place of the dialogue of the subject of the offense with a third party, either for health reasons, illness or other objective circumstance, cannot perceive the illegal nature of the actions against him.

Taking into account abovementioned, it can be concluded that the contraventions stated in Articles 69 and 70 of the Code of Contraventions encroach the person's right to honor, dignity and good reputation. It should be remembered that the concept of honor and dignity is largely subjective, since, first of all, the victim himself decides whether someone has violated his right or not and whether or not to file a complaint about this violation or not.

On the other hand, according to the content of the special norm on insult, stated in article 366 of the Criminal Code of the Republic of Moldova [3], the insult of a military servant, which is inflicted on him not in connection with the exercising of his official functions, but only at the time of their exercising ('during exercising'), but for other reasons – personal, hooligan and other reasons. We cannot agree with such a legislative situation. The fact is that military honor is significantly diminished when the military servant is insulted during the exercising of his/her official functions, therefore, it would be advisable to introduce a legislative clarification 'in connection with or during the exercising of duties in military service'. The gap in the analyzed criminal legal norm is also expressed in the fact that any military servant, who is not in a subordinate relationship with the victim, falls out of the criminal legal protection of military honor.

It is interesting that our legislator avoids the use of the term "insult" and operates with the term "outrage", for example, Article 222 of the Criminal Code of the Republic of Moldova, Article 347 of the Criminal Code of the Republic of Moldova [3]. Let's clarify that outrage is always an offensive act. This insult is not directed against a specific person (not a personal quality), but is of a collective nature, where an unlimited circle of persons (members of society) may suffer from the committed criminal acts.

So, the presence or absence of insult is established both taking into account the objective meaning in a particular situation of the actions committed by the guilty person and the words used, and the subjective perception by the victim. The fact of appeal to law enforcement authorities for the protection of honor and dignity does not prejudice the issue of responsibility, since the appeal itself may be the result of the applicant's suspiciousness and emotional sensibility. The final assessment of actions as offensive is carried out by the court, which is guided by the norms of universal understanding of human morality.

Slander should be distinguished from criticism and satire if invention is formulated and expressed within the limits of truth, refraining from defamation and the relevance of information.

The truth or well-known character of the facts excludes liability for slander. If the perpetrator inflicts a harmful information directly to the victim and, at the same time, diffuse it in front of third parties for the same motive and with the same content, then in the actions of the person we should see both the *Corpus Delicti* of the insult and the *Corpus Delicti* of slander.

Literature

1. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовному кодексу Туркменистана. Постатейный / под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. 2013 г. 663 с. Центр

ОБСЕ в Ашхабаде. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=31562738 (accesat: 11.07.2021)

2. Codul Contravențional la Republicii Moldova din 24.10.2008. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2009, nr.3-6.

3. Codul penal al Republicii Moldova nr.985 din 18 aprilie 2002. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2009, nr.72-74.

Is it possible to individual application against the decisions of the supreme election council in Turkey?

*Hamdemir B., Ph.D. Asst. Prof.
Muğla Sıtkı Koçman University*

Introduction

As it is known, with Article 79 of the 1982 Constitution, The task of managing the elections, examining and finalizing the complaints and objections related to the elections, and accepting the election records of the members of the Turkish Grand National Assembly and the Presidential election has been given to the Supreme Election Council [YSK]. It is also obvious that some of the decisions taken by the YSK regarding the elections and referendums have caused heated debates in the public, especially in the recent past. In today's Turkey, where political competition and polarization are gradually increasing, it is thought that some of the decisions of the YSK in the near future elections will be expected to create serious discussions.

Within the framework of the following provisions; In the 1982 Constitution: “*No appeal can be made to any other authority against the decisions of the Supreme Election Council*” [art. 79/2]; in the Law on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court dated 2011 and numbered 6216: “*Transactions that are excluded from judicial review by the Constitution cannot also be the subject of individual application*” [art. 45/final] and in the additional Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: “*The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.*” [art. 3], whether an individual application can be made against the decisions of the YSK is a matter of serious debate both in doctrine and in jurisprudence. In answering this question, both the legal nature of the decisions of the YSK and the legal nature of the YSK, that is, whether it is a court or not, are the main determining factors. If the YSK is to be accepted as a court and its decisions are to be seen as final judgments, individual application will be possible against the decisions of the YSK, and otherwise, this procedure will be closed against the decisions of the YSK.

1. Individual applications

There are two types of individual application, both at the national level and at the supranational level. At the national level, there is an individual application to the Constitutional Court, and at the supranational level, there is an individual application to the European Court of Human Rights [ECHR].

1.1. Individual Application to the Constitutional Court

The individual application to the Constitutional Court in Turkey was accepted with the constitutional amendment that was accepted in the referendum held on 12 September 2010 and entered into force [Law on Amending Some Articles of the Constitution of the Republic of Turkey, dated 7.5.2010 and numbered 5892, art. 18; 1982 Constitution art. 148]. Individual applications to the Constitutional Court started to be made after 23.09.2012, against the final proceedings and decisions that became final after this date [Law No. 6216, art. 76 and provisional article 1/8].

Individual application to the Constitutional Court is a secondary type of audit that ensures that persons whose fundamental rights and freedoms have been violated by the public power, after exhausting the ordinary legal remedies in domestic law, apply to the Constitutional Court and audit whether the act or action of the public power subject to the complaint is in conformity with the

constitution [27, s. 25; 26, s. 3; 23, s. 104; 24, s. 294; 30, s. 23; 15, s. 125; 33, s. 69; 31, s. 3; 1, s. 12-13; 36, s. 141; 32, s. 33].

According to Article 148 of the 1982 Constitution: *“Everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities. In order to make an application, ordinary legal remedies must be exhausted [art. 148/3]. In the individual application, judicial review shall not be made on matters required to be taken into account during the process of legal remedies [art. 148/4]. Procedures and principles concerning the individual application shall be regulated by law [art. 148/5].”* Accordingly, it is possible to collect the application conditions arising from Article 148 of the Constitution under four headings. These are:

- a. Fundamental rights and freedoms demanded to be protected through individual application must be guaranteed both in the Constitution and the European Convention on Human Rights.
- b. The individual application must have been made against acts or actions of public power.
- c. A current and personal right of the applicant must have been directly affected by the action, act or omission allegedly infringing.
- d. Ordinary legal remedies must be exhausted before making an individual application to the Constitutional Court.

There are also some conditions arising from the Law No. 6216 on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court. These are:

- e. The individual application should not be made against the transactions against which individual application is prohibited. These transactions are: Legislative acts, regulatory administrative acts, decisions of the Constitutional Court and transactions that are excluded from judicial review by the Constitution [Law No. 6212, art. 45/3].
- f. The application must be important in terms of the implementation and interpretation of the Constitution or the determination of the scope and limits of fundamental rights, the applicant must suffer significant damage and the application must not be manifestly ill-founded [Law No. 6212, art. 48/2].
- g. The individual application must be made within thirty days from the date of exhaustion of remedies, or, if no remedy is foreseen, from the date of learning of the violation [Law No. 6216, Art. 47/5].

1.2. Individual application to the european court of human rights

In Article 34 of the European Convention on Human Rights [ECHR], titled “Individual Applications”: *“The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto.”* provision is included. When the regulations in both Article 34 of the Convention and Article 35 regulating the admissibility conditions of individual applications are evaluated together, it is possible to list the conditions for making an individual application to the ECtHR as follows [10, s. 12-17; 13, s. 1-6].

- a. A current and personal right of the applicant must have been directly affected by the action, act or omission allegedly infringing [ECHR, art. 34].
- b. Ordinary, effective, accessible and appropriate domestic remedies must be exhausted [ECHR, art. 35].
- c. An application must be made within six months after the final decision in domestic law [ECHR, art. 35].
- d. The application must be about a right or freedom guaranteed in the ECHR and its additional Protocols [ECHR, art. 35].
- e. The application should not constitute an abuse of the right to individual application [ECHR, art. 35].
- f. The ECtHR should be competent in terms of place, time and subject.

2. Supreme election council

According to the 1982 Constitution, the Supreme Election Council consists of seven regular and four substitute members. Six of the members are elected by the General Assembly of the Supreme Court of Appeals and five by the General Assembly of the Council of State from among their own members by secret ballot of the absolute majority of the total number of members [Constitution art. 79/4].

2.1. Duties of the supreme election council and the nature of its decisions

The duties and powers of the Supreme Election Council are regulated in the Constitution as follows:

- a. To manage and have it done the elections from the beginning to the end of the elections [Constitution art. 79/2]. [elections for parliamentary¹ and local² administrations, i.e. mayor, provincial council membership, municipal council membership, mukhtar, council of elders].
- b. To examine all complaints and objections regarding the election during and after the election and to decide on them definitively [Constitution art. 79/2].
- c. To accept the election records of the members of the Turkish Grand National Assembly and the Presidential election records [Constitution art. 79/2].
- d. To carry out the general administration and supervision of the referendums held for the constitutional amendment³ [Constitution art. 79/7].
- e. To carry out the general management and supervision of the election of the President of the Republic⁴ [Constitution art. 79/7].
- f. To manage and supervise the election of the members of the Council of Judges and Prosecutors [HSK] [Constitution Provisional Article 19/1/d].

The actions to be taken by the Supreme Election Council within the framework of its duties and powers enumerated in the Constitution is regulated in detail in Article 14 of the Law on Basic Provisions of Elections and Voter Registers dated 26.04.1961 and numbered 298 and in Article 6 of the Law on the Organization and Duties of the Supreme Election Council dated 30.11.2017 and numbered 7062. When Articles 79 of the Constitution, Article 14 of Law No. 298 and Article 6 of Law No. 7062 are evaluated together, it is possible to collect the decisions made by the YSK within the framework of its duties in four groups. These are: [1] decisions of an administrative nature [regulatory action, individual action, collective action and contracting processes], [2] decisions of a judicial nature [conclusively deciding on objections and complaints], [3] policy decisions, [4] analytical, guiding and interpretive decisions [14, s. 66-72]

When we look at the nature of the decisions of the YSK, in the Constitution, by saying that they have a duty “... *investigating and finalizing all corruption, complaints and objections related to election issues during and after the election...*”, it is stated that the decisions of the YSK are final judgments. Again in the Constitution, there is a provision that “*No appeal can be made to any other authority against the decisions of the Supreme Election Council*” [Constitutional Article 79/2]. The same issue is also stated in Article 132 of the Law No. 298. In summary, according to both the Constitution and the Law No. 298, the decisions of the YSK are final judgments.

2.2. Legal qualification of supreme election council

The issue of whether the Supreme Election Council is a judicial or administrative body is a controversial issue in Turkey. When we look at the doctrine, we see that the predominant view is that the YSK is a judicial organ, a court. It is seen that the main arguments of those who support this view are that the decisions of the YSK on election disputes are final and cannot be audited by another court, that the members of the Council are composed of judicial and administrative judges, that it is the highest authority in the electoral judiciary branch, that it is impartial and independent

¹ 02.05.1961 Tarih ve 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun

² 18.01.1984 Tarih ve 2972 Sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları Ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun.

³ 23.05.1987 Tarih ve 3376 Sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun.

⁴ 19.01.2012 Tarih ve 6271 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu.

[40, s. 341; 36, s. 46; 39, s. 140; 22, s. 288-290; 38, s. 28; 20, s. 51-52; 34, s. 64; 43, s. 186; 11, s. 73-74; 35, s. 125-126; 12, s. 296; 17].

In the doctrine, we see that the views that the YSK is not a court are in the minority. The main arguments of those who support this view are that the decisions of the YSK are not of a judicial nature, but of an administrative nature, taken by applying similar judicial procedures, that it is a constitutional council or institution composed of high judges, whose decisions are final, that their duties are not limited to resolving disputes, they also have duties in the management of elections, and that the fact that it is regulated in the legislative section rather than the judiciary in the Constitution shows that it is not a judicial organ [21, s. 72-73; 25, s. 180; 28, s. 209].

When we look at the jurisprudence of the higher judicial bodies regarding the legal nature of the YSK, we see that the Constitutional Court accepted the YSK as a court during the 1961 Constitutional period [6], but did not accept the Council as a court in the 1982 Constitutional period [7], although there was no fundamental change in the structure and function of the Council. In the decision during the 1982 Constitution period, the Constitutional Court ruled that in order for an institution to be considered a court, the decision making bodies must be composed of judges, it must be in charge of resolving disputes by applying judicial techniques, it must be in a judicial branch headed by a high court, but the YSK does not meet these conditions, it is not regulated in the judiciary section of the Constitution. It stated that its decisions are final judgments, that all of the YSK is composed of high judges, and that the chairmen of provincial and district election councils are judges do not make the YSK a court [7].

It is hardly possible to find the above justifications of the Constitutional Court that the YSK is not a court reasonable. For one thing, the Constitutional Court, in its decision given during the 1961 Constitution [6], says that the fact that the YSK is regulated in the legislative section instead of the judicial section in the Constitution does not change its nature. Again, the YSK is the highest court in the electoral judiciary branch, which consists of high judges, impartial and independent, under which provincial and district election councils are located [35, s. 125-126]. Again in the Constitution, there is a provision that “*Elections are held under the general management and supervision of the judicial organs*” [art. 79/1]. The only body that carries out the management and auditing related to the elections is the YSK. No other judicial body has the authority to decide on objections or complaints about elections. Then it is not possible for the judicial body mentioned in the Constitution to be anything other than the YSK. In addition, the ECtHR accepts “tribunals”, which meet certain conditions within the scope of the right to a fair trial, as courts provided that they are [1] established by law, [2] independent, [3] impartial, [4] they have judicial procedural assurance [16, s. 55-62]. YSK fulfills all of these criteria.

The Supreme Election Council also described itself as a court in its decisions made during the 1961 Constitution period [41], however, in its decisions made during the 1982 Constitution period, it may have been influenced by the case-law change of the Constitutional Court, and gave up on calling itself a court [42; 14, s. 112].

3. Application to the constitutional court or the european court of human rights against the decisions of the supreme election council

The first condition for making an individual application to the Constitutional Court is that the fundamental rights and freedoms demanded to be protected through individual application are guaranteed both in the Constitution and the European Convention on Human Rights. In other words, it is not possible to make an individual application for a right and freedom outside the common protection area of the Constitution and the Convention [2, § 26; 4, § 18; 9, § 27]. Article 45/1 of the Law No. 6216 on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court states that fundamental rights and freedoms not only in the ECHR but also in the additional protocols to which Turkey is a party can be the subject of individual application. The decisions of the YSK are about the right to “elect, be elected and engage in political activity”, which is guaranteed in Articles 67 and the following of the 1982 Constitution. This right is guaranteed as the “right to free elections” in Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human

Rights, to which Turkey is also a party. Therefore, there is no obstacle to making an individual application against the decisions of the YSK in terms of this condition.

Individual applications to the Constitutional Court are made against acts or actions of public power. Accordingly, violations committed by state bodies are subject to individual applications. However, the “obligation to respect human rights” in Article 1 of the ECHR does not impose a negative obligation on States Parties not merely to violate the rights and freedoms in the Convention; It also imposes a positive obligation to take the necessary measures to prevent a violation or to impose deterrent sanctions by conducting an effective investigation after the violation [19, s. 4]. The positive obligation of the state is also explicitly included in Article 5 of the 1982 Constitution. Therefore, if the violation is not caused by a public power, but by a transaction or action of real or private law legal entities that do not use public power and the state has not taken the necessary measures to prevent the violation or has taken the necessary measures, but has not carried out an effective investigation to eliminate the violation and its consequences after the violation, and has not sufficiently established the mechanism to do so, since the positive obligation is not fulfilled, an individual application can be made against that violation [27, s. 93-94]. Since the YSK is a council that uses public power, there is no obstacle in this respect in making individual applications against the decisions of the YSK.

In order to make an individual application to the Constitutional Court, an actual and personal right of the applicant must be directly affected by the action, act or omission allegedly infringing. In other words, the applicant must have a legal interest in making an individual application. In this context, real persons can apply individually. As for legal entities, public legal entities cannot make individual applications; private law legal entities can only make an individual application on the grounds that the rights of the legal entity have been violated. It is not possible for foreigners to make an individual application regarding the rights granted only to Turkish citizens [Law No. 6216, art. 46]. Since the right to elect, be elected and engage in political activity is a right granted only to the citizens of the Republic of Turkey according to the 1982 Constitution [Art. 67/1 of the 1982 Constitution], foreigners cannot make individual applications in this regard. In terms of this condition, there is no obstacle for citizens of the Republic of Turkey and political parties whose right to vote, be elected and engage in political activities are directly violated by the decision of the YSK, to file individual applications against the decisions of the YSK.

Before making an individual application to the Constitutional Court, ordinary legal remedies must be exhausted. This is also a requirement of the secondary nature of the individual application [27, s.245-246]. In a broad sense, legal remedy is all of the administrative and judicial remedies. In a narrow sense, legal remedy is the possibility of applying to a court [33, s. 281]. If the person has the opportunity to eliminate the violation of fundamental rights and freedoms arising from public power, he or she will apply this legal remedy first; If the violation cannot be remedied by law, an individual application will be made to the Constitutional Court. According to the Constitution, the decisions of the YSK are final and no application can be made to any other authority against the decisions made by the YSK [Constitution art. 79/2]. Therefore, with the decision of the YSK, ordinary legal remedies are exhausted.

As stated above, the management and control of the elections, finalizing the complaints and objections regarding the elections, accepting the election reports of the members of the Grand National Assembly of Turkey and the Presidency, administering and supervising the referendum and Presidential elections belong to the Supreme Election Council [Constitution art. 79/2]. According to the Constitution, “*No appeal can be made to any other authority against the decisions of the Supreme Election Council*” [Constitution art. 79/2]. Again, according to the Law No. 6216 on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court, “*Just as individual applications cannot be made directly against legislative acts and regulatory administrative acts, the decisions of the Constitutional Court and the acts excluded from judicial review by the Constitution cannot be the subject of individual application*” [Law No. 6216, art. 45/3]. When the Constitutional Court evaluates these two provisions together, it is the case-law that individual applications cannot be made against the decisions of the YSK. According to the Court, the decisions of the SBE have been

excluded from judicial review by the Constitution [Art. 79/2 of the Constitution]. With the Law No. 6216, the way of individual application was also closed against the transactions that the Constitution left out of judicial review [Art. 45/3 of the Law No. 6216]. Therefore, according to the Constitutional Court, it is not possible to file an individual application against the decisions of the YSK [9, § 30]. For the aforementioned reason, the Constitutional Court decides that the application is inadmissible regarding the individual applications filed against the decisions of the YSK due to lack of jurisdiction in terms of the subject matter [9, § 31]. In my opinion, the regulation in Article 45/3 of Law No. 6216 is unconstitutional. It is against the principle of the hierarchy of norms to exclude some public power transactions that are not excluded from the scope of individual application by the Constitution, from the scope of individual application by law [27, s. 286-287]. Again, the fact that the regulation in Article 79/2 of the Constitution emphasizes the final judgment of the decisions of the YSK does not mean that individual applications cannot be made against its decisions. For example, the decisions made by the Supreme Court of Appeals and the Council of State, which are high courts, are also final judgments and no appeal can be made to another court against the decisions of these courts, but individual applications can be made to the Constitutional Court against the decisions of the Court of Appeals and the Council of State.

The most important consequence of not accepting the YSK as a court is the inability to make individual applications to the Constitutional Court against the decisions of the YSK. Another consequence of the fact that the YSK is not recognized as a court is that the YSK cannot apply for concrete norm review to the Constitutional Court, according to Article 152 of the Constitution. According to Article 152 of the Constitution, *“If a court hearing a case finds that the law or the presidential decree to be applied is unconstitutional, or if convinced of the seriousness of a claim of unconstitutionality submitted by one of the parties, it shall postpone the consideration of the case until the Constitutional Court decides on the issue.”* [Constitution. art. 152/1]. According to this provision, since the YSK is not considered as a “court hearing a case”, it does not apply for concrete norm control. This obliges the YSK to apply the provisions of the law that it deems unconstitutional.

Another issue regarding whether an individual application can be made against the decisions of the Supreme Election Council is related to the scope of the right to free elections. According to Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR, which guarantees the right to free elections: *“The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”*. As can be seen from the provision, the right protected under the Convention is related to the election of the legislature, and in accordance with Article 127 of the Constitution, since the claims of violation of local administrations, such as the election of municipal organs, are not considered as an independent right within the scope of the Convention, it is not possible for the claims of violation of this right to be the subject of individual application [3, §35; 9, §28]. It is also not possible for the allegations of violations regarding the Presidential elections and referendums to be the subject of an individual application within the scope of this article.

In my opinion, the fact that the ECHR guarantees the right to free elections only in the election of the legislature is an incomplete regulation. Until recently, there was no country governed by the presidential system among the states party to the convention. With the constitutional amendment made in 2017, a presidential system was introduced in Turkey. In this system, the president is now the only authorized person in the executive, and he or she can control the legislative power in practice if his or her party gains a majority in the parliament. Today's Turkey is a typical example of this. For this reason, the free expression of the will of the people is as important in the presidential [presidency of the republic] elections as in the legislative elections.

Again, even though the referendums for constitutional change seem to be limited only to fundamental rights and freedoms or the government system, in practice they can lead to a regime change. Therefore, it is thought that the ECHR, whose main purpose is to secure fundamental rights and freedoms, should include both presidential elections and constitutional referendums within the scope of Article 3 of the additional Protocol No.1.

Conclusion

The Constitutional Court, considering the following provisions together, in Article 45/3 of Law No. 6216 “*Procedures excluded from judicial review by the Constitution cannot also be the subject of individual application.*” and in Article 79/2 of the Constitution “*No appeal can be made to any other authority against the decisions of the Supreme Election Council.*”, has jurisprudence that individual applications cannot be made against the decisions of the YSK; regarding the applications made, it decides that the application is inadmissible due to lack of jurisdiction in terms of the subject. Therefore, as long as Article 45/3 of the Law No. 6216 is in force in Turkey, it does not seem possible to apply individually to the Constitutional Court against the decisions of the YSK.

Due to the provision “*The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature*” in Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR, it is possible to make an individual application to the ECtHR against the decisions taken by the YSK only regarding the legislative elections, that is, the general elections. Apart from this, it is not possible to make an individual application to the ECtHR on the grounds that the right to free elections is violated in matters related to local elections, presidential [presidency of the republic] elections and referendums.

It should be underlined that the Constitutional Court's finding that even individual applications regarding the elections of the legislature are inadmissible due to lack of jurisdiction in terms of the subject matter, is contrary to Article 3 of Protocol No. 1 to the ECHR and the established case-law of the ECtHR on this issue. As a result, the right to free elections is violated due to the inability to make individual applications to the Constitutional Court against the decisions of the YSK.

The fact that the YSK is not recognized as a court prevents individual applications to the Constitutional Court against the decisions of the YSK, and also eliminates the possibility of the YSK making a concrete norm review application to the Constitutional Court in accordance with Article 152 of the Constitution.

References

1. Aliyev Cabir, *Anayasa Şikayeti*, Beta, İstanbul, 2010.
2. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, Adnan Oktar, B. No: 2012/917, 16/4/2013
3. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/5425, 23/7/2014.
4. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013.
5. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, T. 06.03.1973, E. 1972/56, K. 1973/11, RG. 9.11.1973/14707, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1973-11-nrm.pdf> [ET. 23.10.2021].
6. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, T. 06.03.1973, E. 1972/56, K. 1973/11, RG. 9.11.1973/14707,
7. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, T. 18.02.1992, E. 1992/12, K. 1992/7 RG. 13.05.1992/21227, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/7?KararTarihiIlk=18%2F02%2F1992&KelimelimeAra%5B0%5D=y%C3%BCksek%20se%C3%A7im%20kurulu&page=3> [ET. 23.10.2021].
8. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, T. 18.02.1992, E. 1992/12, K. 1992/7 RG. 13.05.1992/21227.
9. *Anayasa Mahkemesi Kararı*, Zeyyat Ceylan, B. No: 2019/14426, 20/10/2020.
10. Ankara Barosu, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı*”, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2008.
11. Armağan, Servet. *Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
12. Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, 6. B. Konya, 2011,

13. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Şartları, https://www.echr.coe.int/Documents/COURTalks_Inad_Talk_TUR.PDF [ET. 23.09.2021].
14. Aydın, Nizamettin. Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi, Ekin Yayınevi, 3. B. Bursa, 2021.
15. Aydın, Öykü Didem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 4, Yıl: 2011.
16. Başlar, Kemal. Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yayınevi, Ankara, 2005.
17. Bilir, Faruk. “Yeni Anayasa’da Yüksek Seçim Kurulu”, Ankara Strateji Enstitüsü, 2012, www.ankarastrateji.org/yazar/prof--dr-faruk-bilir-/yeni-anayasada-yukse-secim-kurulu/ [ET. 15.10.2013.]
18. Bingöl, Abdullah Atilla. “Yüksek Seçim Kurulu ve Yüksek Seçim Kurulu Kararlarının Demokratik Seçime Etkileri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2007.
19. Doğru, Osman. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
20. Duran, Lütfi. “Türkiye’de Seçimleri Kim Yönetir”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Mart 1980.
21. Erkut, Celal. “İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği”, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.
22. Gönenç, Levent. “Yüksek Seçim Kurulu’nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Mümtaz Soysal’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009.
23. Gören, Zafer. “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru [Anayasa Şikâyeti]”, Anayasa Yargısı 11, Anayasa Mahkemesi Yayınları, İstanbul, 28-29 Nisan 1994.
24. Gören, Zafer. “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Yetkin Yayınları, C.II, Ankara, 2008, .
25. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.
26. Göztepe, Ece. Anayasa Şikâyeti, AÜHFY, No: 530, Ankara, 1998.
27. Hamdemir, Berkan. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Seçkin Yayınları, 2. B. Ankara, 2018.
28. Kanadoğu, Sabih. Alaturka Demokrasi, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2004.
29. Kılıç, Ayhan. “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155550> [ET.22.09.2021].
30. Kılınç, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru [Anayasa Şikâyeti] Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği” Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25, Ankara, 25 Nisan 2008.
31. Mavčič, Arne Marjan. “Tüketilmesi Gereken veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikâyet”. Mart 2011, <https://docplayer.biz.tr/1379468-Tuketilmesi-gereken-veya-aihs-anlaminda-gecerli-bir-ic-hukuk-yolu-olarak-bireysel-sikayet-mukayeseli-veche-ve-slovenya-vechesi.html> [Erişim Tarihi: 22.09.2021].
32. Mellinghof, Rudolf. “Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti”, Anayasa Yargısı 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009.
33. Özbey, Özcan. Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, 2. B. Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
34. Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara, 1993.
35. Özdemir, Gürbüz. “Yüksek Seçim Kurulu’nun Niteliği”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, Erzincan, 2010.
36. Özyörük, Mukbil. İdare Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <file:///C:/Users/SONY/Downloads/idare%20hukuku%20dersleri.pdf> [ET. 21.09.2021].
37. Sabuncu, Yavuz, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, AÜSBFD, Cilt: XXXVII, No: 3-4, Eylül-Aralık 1982.

38. Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 13. B., İstanbul, 2009.
39. Yayla Yıldızhan. *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
40. Yılmaz, Didem. *İçtihadî Hukuk Çerçevesinde Türk Hukukunda Seçimlerin Yönetimi ve Denetiminden Sorumlu Daimi Kurullar*, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
41. Yüksek Seçim Kurulu Kararı, Karar No: 1963/618 T.07.12.1963, RG. 18.12.1963/11584;
42. Yüksek seçim Kurulu Kararı, Karar No: 1999/1875-1390, T.19.06.1999.
43. Yüzbaşıoğlu, Necmi. “3 Kasım 2002 Seçimleri Üzerindeki Gölgeler”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi, No: 5, Beta Yayınevi, İstanbul, Nisan 2007.

The taxation of non-Muslims within the framework of attempts of tax justice in the Tanzimat period

*Koyuncu N., Ph.D., Professor,
İpek A., Research Assistant
Necmettin Erbakan University*

The subject of our study is the taxation of non-Muslims within the scope of the developments in the financial field of the Ottoman Empire during the Tanzimat Period. Taxation in the Empire was largely based on land possession and Muslim subjects assumed most of the tax burden. The injustice in question was tried to be eliminated by making a certain number of changes in the financial field by means of personalising the tax during the Tanzimat Period, and within this framework, the tax burden on non-Muslim subjects¹ was increased and they began to assume the status of taxpayers².

As it is still valid at the present day, the income obtained from taxes was very important for the revenue items of the Empire. The tax was closely related to every level of the Empire. For example, sometimes, the Empire did not allocate salaries to its employees from the treasury. Instead, it provided salaries from the taxes to be collected from the *rayah*, the non-Muslim people³. Due to a number of reasons such as class struggle and the prevention of capital (stock), the Empire could not become industrialised and the amount of production was largely based on agriculture⁴. Therefore, increasing the revenues of the Empire was important for every period and as we will mention, because the capital accumulation in the Empire was especially in the hands of the non-Muslim people, the taxes to be collected from these people were increasing in importance.

In fact, the source of taxation in the Empire was Shari'a (:Islamic Law). However, in a certain number of cases where the Shari'a-compliant taxes were not sufficient, some civil/customary taxes that were not in conflict with them and had the ability to change according to the needs of the time could be put into force⁵. In this context, the Shari'a-compliant taxes collected only from non-Muslim citizens included tribute (tax), jizya tax, hoar tax (:resm-i bujîk), and the taxes such as *ispence*, *zecriye*, etc. were among the civil/customary taxes collected from non-Muslims⁶.

¹ In fact, there is no distinction between Muslims and non-Muslims in the Ottoman Empire. The distinction in the society is not due to the demographic structure. The distinction in the society is in the form of the ruling class and the ruled people. The ruling class, the military, was exempted from taxes and protected the country. The term for the ruled, *rayah*, was used for the whole subjects excluding the ruling class. [3, the page number is missing].

² For the full text of Tanzimat Edict (:Imperial Edict of Reorganisation), please see [7, pp. 281-284].

³ [2, p. 44], [1, p. 53].

⁴ [10, p. 107], [14, p. 17].

⁵ [6, p. 175].

⁶ [15, p 203], [5, p. 68].

Another important issue is that when non-Muslims agreed to pay tribute and jizya within the context of the dhimmi contract, they were promised the protection of the security of their lives and properties from the Empire. Thus, since they were economically under a lighter burden, they were able to find the opportunity to develop themselves and they had a greater say in the economy over time¹. In the Empire, non-Muslim subjects were less exposed to tax burden compared to Muslim subjects. The shareholders of important companies which had gained power in the Ottoman society were mostly of foreign origins, that is, they were non-Muslim and largely exempted from taxation. For this reason, the amount of income obtained from the dividend tax remained at a very low level². Until that time, non-Muslims did not experience any difficulties out of the taxes they had paid. Moreover, non-Muslims, who benefited from the facilities provided by the capitulations, became richer and dominated most of the important sectors of industry and finance. From time to time, a change in this situation was considered by means of taxes such as the dividend tax; however, no success was achieved³.

As we have mentioned in the beginning, tithe, one of the most important revenue items of the Empire, was a tax based on land possession and its taxpayers were mostly villagers. In addition, with the changes made in the Tanzimat period, the taxes planned to be collected based on income, contrary to what had been aimed, could not reduce the tax burden of the villagers in the Empire. From 1861 to 1906, the rate of the tithe increased up to 70%, and the burden of the estate tax and the Ancematin tax was also on the shoulders of the villagers. In order to get rid of these complications, although a great deal of effort was made to shift the tax burden from Muslim villagers to wealth owners/the moneyed classes in the Tanzimat period and a number of advancements were observed with the development of income counts for this purpose, a holistic consideration of the situation implies that income and wealth were still excluded from the scope in the 19th century. Unfortunately, the villagers, who undertook the main tax burden of the Empire in order to ensure justice in taxation as it had been intended, could not be relieved⁴. Besides, in this period, there was no promise of a change in the method of the tithe, which constituted the key component of the Ottoman economy which was based on agriculture⁵.

In the Tanzimat period, the aim of directing the tax burden from the villagers who were engaged in agriculture to the urban people who were engaged in commerce and of basing taxation on the ability to pay and the income obtained, which is similar to the tax systems of the present moment, did not please the non-Muslims and caused them to suffer financial losses⁶. Because, income and wealth were mostly in the hands of these people.

The first activity for the purposes of income tax was to determine the income and wealth of taxpayers in order to identify the basis of taxation. For this purpose, the dividend tax counts and the institution to collect taxes were put into practice. With the regulations dating 25 January 1840, procedures of the counts and applications of the tax collectors in question were reported in detail⁷. As a result of the counts, the amounts of income were estimated by means of the amounts of the taxes paid in the previous years and of the wealth of taxpayers, the provision of revenue was attempted⁸ and as the equivalent of the abolished civil/customary taxes, a special sort of tax (:Vergi-i Mahsusa), the Ancematin tax was implemented. Besides, most of the civil/customary taxes and the Shari'a-compliant taxes excluding the tithe, *ağnam* (:sheep tax) and jizya were abrogated⁹.

The Ancematin tax was a means of taxation which aimed to collect civil/customary taxes under a single item/department and it was intended to be collected on the basis of wealth and

¹ [8, pp. 16-17], [5, pp. 77-78].

² [3, p. 20].

³ [3, pp. 81-90].

⁴ [14, pp. 28-31].

⁵ [14, p. 40].

⁶ [9, p. 728].

⁷ [4, p. 5].

⁸ [4, p. 5].

⁹ [11, p. 60]

income instead of the taxes under the subject of civil/customary levies¹. Because, this tax was collected by means of an estimate of income on the basis of the amount of tax the taxpayers had paid in the previous years and of the properties they held². However, these practices resulted in failure because of cadastre and the deficiencies in censuses³. Undoubtedly, another reason for the aforementioned failure was the sharp reactions and major rebellions of the freeholders who opposed to the conversion of taxes into wealth-based taxes⁴.

In its literal sense, the phase regarding the taxation of profits was made possible with the acceptance of the method of cadastral survey (:the Tahrir Instruction) in 1858. On 28 November 1860, a dividend tax at the ratio of 3 per cent was implemented with General Registration Regulation (:Tahrir-i Umumi Nizamnamesi). However, the attempt in question could prove no success because the determination of profits was not fully determined due to the lack of equipment and remained at the prediction level; therefore, it was not possible to impose this tax⁵.

Another attempt was made with the Patent tax. With this tax, it was aimed to introduce a method of putting businesses and professions through patents. Because, crafts and trade were mostly under the domination of non-Muslim people; that is, the income of these people was the target of this tax. However, this tax initiative, which could make positive contributions in terms of tax justice, failed as a result of the objections of foreign states⁶.

Another step taken on the path of tax justice is “the Personal Tax” (:Vergi-i Şahsi), which followed the dividend tax. This tax did not replace the dividend tax. Instead, it was in addition to it. It was a tax which was imposed by adding the agricultural producers to the Dividend tax and in terms of assessment it was an income tax and of being only applicable to the subjects of the Empire, it was a head tax⁷. The subject of the tax was the wealth and income of individuals. However, it was revised and changed many times due to the opposition of the taxpayers from its beginning to its abolition in 1907⁸. What is noteworthy with this tax is that all subjects of the Empire became taxpayers, the tax liability of the villagers was highly restricted and the tax burden was concentrated on the wealthy urban population⁹. This tax was also abandoned, due to the various rebellions especially from non-Muslims¹⁰. Subsequently, it was decided to abolish this tax by taking into account the Dividend tax, which was planned to be put into effect again instead of the Personal Tax (:Vergi-i Şahsi)¹¹.

The Dividend tax was put into effect for the second time with the regulations dating 21 December 1907 and for the first time, external indicators of earnings were taken into account. According to the amounts of fixed tax, the taxpayers of this tax were mostly money changers, bankers, mechanical industrial operators and wholesalers. Due to the complaints and problems observed during the collection stage, it was observed that the rate of payment of tax in total taxes decreased to 1% in 1911-1912¹².

The conclusion which could be drawn from all the progress described is that non-Muslim subjects were not the subject of heavy tax burden from the very beginning of the Empire. Instead, this burden was on the shoulders of Muslim villager subjects. In the Empire, this situation was tried to be overcome many times. Attempts were made to make income and wealth the subjects of

¹ [14, p. 40].

² [4, p. 5].

³ [14, p. 82].

⁴ [14, p. 87]. For additional information regarding the rebellions over the tithe, please see [14, pp. 105-112].

⁵ [4, pp. 96-97], [13, pp. 43-80].

⁶ [4, p. 44].

⁷ [13, p. 63, 44].

⁸ [14, pp. 59-60].

⁹ [13, p. 50].

¹⁰ Some historians claim that the main reason for these rebellions especially in Erzurum was that the villagers were also taxpayers of this tax, see [14, p. 147].

¹¹ [4, p. 52].

¹² [4, pp. 52-63].

taxation for tax justice. However, the attempts of the Empire failed during the Tanzimat Period, mostly due to internal conflicts by non-Muslims and foreign interventions.

Literature

1. Akdağ, Mustafa. “Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluş ve İnkişafı Devrinde Türkiye'nin İktisadi Vaziyeti”, *Belleten*, V. 13, I. 51, 1949, pp. 497-571. (24.04.2021)
2. Akdağ, Mustafa. “Osmanlı Müesseseleri Hakkında Notlar”, *AÜDTCF Dergisi*, V. 13, I. 1–2, 1955, pp. 27-51. (25.04.2021)
3. Akyılmaz, Gül. “Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, June 2004, V. 8, I. 2, the page number is not written. (16.04.2021)
4. Aygın, Mert Cemal. “*Osmanlı Devleti'nde Kazancın Vergilendirilmesi Teşebbüsleri (1907-1914)*”, Master's Thesis, T.C. İstanbul University, 2019. (23.04.2021)
5. Becermen, Cengiz. *Klasik Dönem Osmanlı Vergi Sistemi ve Vergi Türleri*, Vergi Müfettişleri Derneği, Ankara.
6. Bektaş Öztaşkın, Özlem. “*XV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlı Halkı*”, Ph.D. Thesis, Atatürk University, Erzurum, 2008. (17.04.2021)
7. Coşkun Çakır, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi*, Küre Publishing, İstanbul, 2001.
8. Demirağ, Yelda. “Osmanlı İmparatorluğunda Yaşayan Azınlıkların Sosyal ve Ekonomik Durumları”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, V. 13, I. 13, 2002, pp. 15-33. (22.04.2021)
9. Günay Berrin/Tekir, Asım Furkan. “Tanzimat Sonrası Vergi Reformlarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, V. 24, I. 2, December 2018, pp. 711-742. (22.04.2021)
10. Memiş, Nevin. “19 Yüzyıl Osmanlı İmparatorluğu'nda Ekonomik Yapı ve Dış Ticaret”, Master's Thesis, Atatürk University, Erzurum, 2008. (20.04.2021)
11. Mutlu, Abdullah. *Tanzimat'tan Günümüze Türkiye'de Vergileme Zihniyetinin Gelişimi*, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Publishing, Ankara, 2009.
12. Ortaylı, İlber. “Millet”, TDVİA. (26.04.2021)
13. Özbek, Nadir. “Osmanlı İmparatorluğu'nda gelir vergisi: 1903-1907 tarihli vergi-i şahsi uygulaması”, *Tarih ve Toplum Yeni Yaklaşımlar*, V. 10, Spring 2010, pp. 43-80. (26.04.2021)
14. Özbek, Nadir. *İmparatorluğun Bedeli, Osmanlı'da Vergi, Siyaset ve Toplumsal Adalet*, 1st Edition, Boğaziçi University Publishing, İstanbul, October 2015.
15. Tekin, Rahmi. “*Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Gündelik Yaşamları*”, Ph.D. Thesis, Atatürk University, Erzurum, 2008. (22.04.2021)

Weimar Republic and Democracy

*Koyuncu N., Ph.D., Professor,
Gücyetmez M. LL.M.
Necmettin Erbakan University*

The Weimar Republic is recognized as part of German history from 1918 to 1933. The Weimar Republic has historically been divided into three parts. First of all, in the period between 1919 and 1923, wars and many economic problems and political assassinations as well as movements to overthrow the government were a very depressed time that manifested itself in this period. Between 1924 and 1929, a more stable country administration emerged with the improvements in the economy and developments in foreign policy compared to the first period. From the end of 1929, it was the break-up period of the grand coalition. In this last period, the foundations of a sustainable parliamentary democracy have begun to be laid.

In this period, until Adolf Hitler came to the post of prime minister in 1933, parliamentary democracy emerged for the first time and the constitutional monarchy disappeared. The first

constitutional parliament was convened in Weimar, Germany. In contrast, the name of the German Empire remained constant.

On February 11, 1919, Friedrich Ebert was elected the first President of this period. Apart from this, a new constitution has emerged with an undeniable contribution to German democracy. This constitution, which came into force on 14 August 1919, contained many innovations.

This new constitution was the cornerstone of the Federal Republic of Germany. The Constitution itself stipulated that the President should be personally elected by the people for 7 years, and it also equipped it with broad powers. In this sense, the President has also been given the authority to appoint and dismiss the Prime Minister, so he has been made responsible to him.

By declaring that there will be parliamentary elections every four years with the proportional representation election method, the Constitution has also assigned some duties such as law-making, budget and auditing to the parliament.

The constitution brought the understanding of the social state, which included important breakthroughs in the transition to a class society, to the agenda.

The effects of social environments and classes on the emergence of the concept of parliamentarism in Weimar democracy cannot be denied.

Weimar democracy, which lasted for 11 years, came to an end with the coming to power of Adolf Hitler. In this period, this period went down in history on behalf of German democracy. In this period, while revolution, war and economic depressions were dominant, apart from these, products that could be an example to the world in the field of culture, literature and art were put forward in the Weimar Republic. Developments in the field of democracy, the participation of the people in the administration has been a milestone in Germany's democracy. These developments in the field of democracy are of considerable value not only for Germany but also for the world.

History

At the end of the first world war, called the November revolution, the period between 1918 and 1919 resulted in the collapse of the monarchy and the establishment of parliamentary democracy. One of the main reasons for the revolution was the burden of wars that lasted for more than four years and the shock of the defeat of the German Empire. As a result of the accumulation of these reasons, the factor that triggered the revolution was the order given by the navy on October 24, 1918. A few days after this move, the revolution advanced and engulfed the entire empire. On November 9, 1918, the Social Democrats took over the administration under the chairmanship of Friedrich Ebert, and Friedrich Ebert became President. Thereupon, a provisional government was established and President Friedrich Ebert decided to hold nationwide parliamentary elections in order to establish a parliament at the constitutional level. In this election, women were given the right to vote for the first time¹.

Is it possible to make uniformed legal system?– The sample of the principles of European tort law

*Sargin B., PhD Candidate, Research Assistant
Ankara Yildirim Beyazıt University*

Introduction

As a reflection of unification process in European Union (EU), there are to many conducted studies in order to harmonize or reunite the law². In this direction, the principles of European Private Law, its definitions and uniformed rules are tried to establish³. One of the leading conducted

¹ GUSY, Christoph, Die Weimarer Reichsverfassung, Siebeck, S.143.

² İKİZLER, Metin, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısaça Karşılaştırılması, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, p. 3241.

³ KOÇ, Nevzat, Avrupa Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku ve Türk Borçlar Kanunu Tasarılarının Ana Hatlarıyla Karşılaştırılması, İTÜSBD, Y. 9, S. 18, 2010, p. 62.

studies is Principles of European Tort Law (PETL) made by European Group on Tort Law (EGTL) in 2005. But the main question is: does PETL become successful for uniformation of law? In this paper, historical background of EGTL will be examined at the beginning. Then general informations about provisions will be explained and when related, the differences between EU legal system and Turkish legal system will be given. Finally, the question of whether it is possible to make uniformed legal system or create a common European Tort Law will also be answered.

Historical Background

In 1992 at Tilburg University, in order to discuss main issues about tort law, some academics gathered at the helm of Jaap Spier¹. Named as “Tilburg group” examined basics about tort law in their early meetings². One of the biggest aim of Tilburg group was doing something groundbreaking in the scope of European tort law. By aiming so, principles about tort law in Europe and implementation of those principles all around the Europe had carried out with the name of PETL which is quite ambitious³.

It is crystal clear fact that PETL is one of important study in which comparative law is carried out effectively. In PETL, not only EU law but also Anglo-American law were benefitted⁴. Although its name included “Europe”, the studies and the members have typically shown that this study is not just limited in Europe⁵.

Since 2002, Draft Committee collected all the studies performed so far and put into coherent way and published PETL in May, 2005⁶. English was the only language which all of the studies carried out. However, as a guide there are so many translations into different languages have also been published⁷.

PETL has 6 titles and 10 chapters. These chapters are: basic norm, damage, causation, liability based on fault, strict liability, liability for others, defences, contributory conduct or activity, multiple tortfeasors, damages.

Main Problem: Establishment of a uniformed legal system

The ultimate aim of PETL is to show the future potential of unification and ensure to adoption acceptable principles around the European legal systems within the scope of tort law⁸. Although the influence of American Tort Law (especially Restatement 3) is seen⁹, it is not correct to qualify them as Restatement¹⁰. Because PETL has no binding effect for EU member states¹¹.

In carrying out its work, the Group found it difficult to balance between providing detailed explanations and maintaining PETL's flexibility¹². For instance, according to the article 2:202, it is detailed explained about protected interests¹³. In my opinion, within this article, Group has gone

¹ KOCH, Bernard A., Principles of European Tort Law (PETL) , King’s Law Journal, Vol. 20, No. 2, 2009, p. 203; SPIER, Jaap, The Principles of European Tort Law of the European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law– Text and Commentary (Ed. European Group on Tort Law), Springer Wien, 2005, p. 12; INFANTINO, Maria, Making European Tort Law: The Game and Its Players, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 18, No. 1, 2010, p. 60.

² 3,1 p. 203.

³ 3,1, p. 203; 3,2, p. 12.

⁴ 1, p. 3242.

⁵ 3,1, p. 203-204. The group members outside from EU zone are: Dan Dobbs (Tucson, USA), Israel Gilead (Jerusalem, Israel), Michael Green (Wake Forest University, USA), Johann Neethling (Pretoria, South Africa). See also the current and previous members of Group <http://www.egtl.org/members.html> (last accessed: 09.09.2021).

⁶ 3,1, p. 205; 3,2, p. 14; 1, p. 3242.

⁷ 3,1, p. 205. See also detailed information and translated versions <http://www.egtl.org/petl.html> (last accessed: 09.09.2021).

⁸ 3,1, p. 205; 3,2, p. 14, 16.

⁹ 3,2, p. 12.

¹⁰ 3,1, p. 206; 3,2, p. 16.

¹¹ 3,2, p. 16; 1, p. 3243.

¹² 3,1, p. 207; 3,2, p. 15.

¹³ “Art. 2:102. Protected interests (1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection. European

beyond its purpose. Because of defining protected interests one by one, the scope of liability is becoming narrow. Besides, the concept of harm and protected interests are written on the basis of the integrity interest theory. Although the integrity benefit is valid and effective in terms of contracts, it will not be suitable for the tortious act due to its content and structure¹. Least but not last another example is article 2:103². The issue of whether activities or other reasons are illegitimate or not depends on policy of the law and social values³. In its determination, the boundaries drawn by the legal order and the meanings it imposes are also taken into account⁴. Losses arising from an action prohibited by the legal order are not covered by the tort law. It is seen that PETL art. 2:103 limits execution area⁵.

In order to ensure uniformity in EU regulations, it would not be wrong to say that the Rome I Regulation to be Applied to Contracts and the Rome II Regulation to the Law to be Applied to Non-Contractual Debt Relations, although not completely, bring a solution⁶.

In my opinion, it is currently not possible to create a common tort law. Even when the tort law is evaluated, even harmonization rather than uniformization is seen very difficult⁷. The legal policy of each country is different. All legal systems cannot be expected to be the same. Besides, tort law, like intellectual property rights, is an area where legal nationalism is strongly felt⁸. Therefore, no state will want to renounce its sovereignty. Sovereign and equal states will want to take the measures regarding tort matters by themselves, due to the nature of things.

On the other hand, it is easily seen from PETL provisions that the different values attributed to the concepts of common law and civil law about tort law also pose a serious obstacle to creating a common tort law. Apart from all above mentioned issues, Group also accepts that PETL is not ideal, *de lege feranda* and final text. The Group accepts how hard is the make uniformed legal system. So the Group suggests that further researches must be conducted⁹.

Conclusion

As a reflection of the integration process in the European Union, various studies have been carried out to uniformize or harmonize the law as much as possible. The Rome I Regulation on

Group on Tort Law 2 (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection. (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property. (4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim. (5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases. (6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration.”

¹ For detailed information please see **KOZIOL**, Helmut, Recoverable Damage (Recoverable Damage), Principles of European Tort Law– Text and Commentary (Ed. European Group on Tort Law), Springer Wien, 2005, p. 27-32.

² “Art. 2:103. Legitimacy of damage Losses relating to activities or sources which are regarded as illegitimate cannot be recovered.”

³ **MAGNUS**, Ulrich, Legitimacy of Damage, Principles of European Tort Law– Text and Commentary (Ed. European Group on Tort Law), Springer Wien, 2005, p. 36.

⁴ 18, p. 36.

⁵ 18, p. 36.

⁶ Further more information please see **TARMAN**, Zeynep Derya, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), AÜHFD, 2008, C. 57, S. 2, p. 193 vd.; **TİRYAKİOĞLU**, Bilgin, Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010, p. 211 vd.

⁷ **BAYSAL**, Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, p. 33.

⁸ 23, p. 34.

⁹ 3,2, p. 18.

Contractual Obligations Relations and the Rome II Regulations on Non-Contractual Debt Relations brought a uniformity at the EU level regarding the applicable law.

Another study at the EU level is the European Principles of Tort Law (PETL), which is an academic study prepared by the European Group on Tort Law, published in 2005. Although the conflict between the common law legal system and the Continental European legal system is reflected in the text, there is no doubt that the step taken is serious.

As a result of the study, it was concluded that it is not yet possible to create a common tort law. The reasons for this view include that each country's legal policy is different, no state's desire to waive its sovereign rights, and the desire to regulate tort law exclusively, and that the values of the common law legal system and the Continental European legal system regarding tort law concepts have a serious different meaning.

Literature

1. BAYSAL, Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
2. INFANTINO, Maria, Making European Tort Law: The Game and Its Players, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 18, No. 1, 2010, s. 45-88.
3. İKİZLER, Metin, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısaca Karşılaştırılması, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, p. 3241-3260.
4. KOCH, Bernard A., Principles of European Tort Law (PETL) , *King's Law Journal*, Vol. 20, No. 2, 2009, p. 203-214.
5. KOÇ, Nevzat, Avrupa Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku ve Türk Borçlar Kanunu Tasarılarının Ana Hatlarıyla Karşılaştırılması, *İTÜSBD*, Y. 9, S. 18, 2010, s. 61-70.
6. URL: <http://www.egtl.org/members.html> (last accessed: 09.09.2021).
7. URL: <http://www.egtl.org/petl.html> (last accessed: 09.09.2021).
8. KOZIOL, Helmut, Recoverable Damage (Recoverable Damage), *Principles of European Tort Law– Text and Commentary* (Ed. European Group on Tort Law), Springer Wien, 2005.
9. SPIER, Jaap, The Principles of European Tort Law of the European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law– Text and Commentary* (Ed. European Group on Tort Law), Springer Wien, 2005.
10. TARMAN, Zeynep Derya, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), *AÜHFD*, 2008, C. 57, S. 2, s. 193-223.
11. TIRYAKIOĞLU, Bilgin, Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.

The international protection of women's rights

Zaharia V.A., PhD, senior lecturer

Pozneacova V.P., 3rd year student

Moldova State University

Much of the history of states reflects a clear imbalance between women's rights and the rights of men, and the condition of women in society has generated pros and cons of the feminists and conservative, and sometimes heated disputes, protests, riots [1]. The role and place of women in society of the 18th century, for example, in relation to man (which is referential) was explained by Jean Jacques Rousseau, who legitimized the sexual dichotomy and patriarchal hierarchy men / women as being simple, natural [2].

Now, human rights and their protection represent the regulation object of a major part of all the legal rules encompassing the international public law [1]. The concept of an international mechanism for the protection of women's human rights is very broad. Its most important

components are: international documents (conventions, declarations, treaties), international organizations and their bodies, practice of application of international documents, international control and dispute resolution procedures [3].

Attaining equality between women and men and eliminating all forms of discrimination against women are fundamental human rights and United Nations values. Women around the world nevertheless regularly suffer violations of their human rights throughout their lives, and realizing women's human rights has not always been a priority [4].

The United Nations has a long history of addressing women's human rights and much progress has been made in securing women's rights across the world in recent decades. However, important gaps remain and women's realities are constantly changing, with new manifestations of discrimination against them regularly emerging. Some groups of women face additional forms of discrimination based on their age, ethnicity, nationality, religion, health status, marital status, education, disability and socioeconomic status, among other grounds. These intersecting forms of discrimination must be taken into account when developing measures and responses to combat discrimination against women [4].

The UN Members' efforts to protect women's rights and to promote gender equality have resulted in the adoption of important documents, fundamental to all humanity [1]. Since the founding of the United Nations, equality between men and women has been among the most fundamental guarantees of human rights. Adopted in 1945, the *Charter of the United Nations* sets out as one of its goals "to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, [and] in the equal rights of men and women" [5]. Furthermore, Article 1 of the Charter stipulates that one of the purposes of the United Nations is to promote respect for human rights and fundamental freedoms "without distinction as to race, sex, language or religion" [5]. This prohibition of discrimination based on sex is repeated in its Articles 13 (mandate of the General Assembly) and 55 (promotion of universal human rights) [5]. In 1948, the *Universal Declaration of Human Rights* was adopted. It, too, proclaimed the equal entitlements of women and men to the rights contained in it, "without distinction of any kind, such as ... sex, ..." [6]. In drafting the Declaration, there was considerable discussion about the use of the term "all men" [6] rather than a gender-neutral term [7]. The Declaration was eventually adopted using the terms "all human beings" and "everyone" [6] in order to leave no doubt that the Universal Declaration was intended for everyone, men and women alike [4].

In the *International Covenant on Civil and Political Rights* [8] and the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* [9] is used the same wording to prohibit discrimination based on, inter alia, sex (art. 2), as well as to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all rights contained in them (art. 3) [4].

In 1967, United Nations Member States adopted the *Declaration on the Elimination of Discrimination against Women*, which states that discrimination against women is an offence against human dignity and calls on States to "abolish existing laws, customs, regulations and practices which are discriminatory against women, and to establish adequate legal protection for equal rights of men and women" [10]. Less than a year later a proposal for a legally binding treaty on women's rights was made [4]. From the point of view of international legal protection of women's rights, a special role is assigned in the 1979 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* [11] adopted by the General Assembly. The specificity of this Convention lies not only in the broad coverage of the gender problems it regulates, but also in the fact that it has now been ratified by most of the existing states [3]. Its preamble explains that, despite the existence of other instruments, women still do not enjoy equal rights with men. The Convention articulates the nature and meaning of sex-based discrimination, and lays out State obligations to eliminate discrimination and achieve substantive equality [4].

With these general principles as an overarching framework, the specific obligations of States to eliminate discrimination against women in political, social, economic and cultural fields are laid out in 16 substantive articles. The Convention covers both civil and political rights (rights to vote, to participate in public life, to acquire, change or retain one's nationality, equality before the law

and freedom of movement) and economic, social and cultural rights (rights to education, work, health and financial credit). The Convention also pays specific attention to particular phenomena such as trafficking, to certain groups of women, for instance rural women, and to specific matters where there are special risks to women's full enjoyment of their human rights, for example marriage and the family [4].

In accordance with article 17 of the 1979 Convention, a Committee on the Elimination of Discrimination against Women is established to review the implementation of its provisions. The functions of the Committee are carried out mainly through the consideration of reports submitted by States parties. Based on the results of its consideration, the Committee makes suggestions and recommendations. He may also invite UN specialized agencies to submit their reports and may receive information from non-governmental organizations. Each year, the Committee submits a report on its work to the General Assembly through the Economic and Social Council, and the status of women for information [3].

The Convention on the Rights of the Child (art. 2) [12] and the *Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (art. 7) [13] also prohibit discrimination based on sex. *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (art. 6) [14] recognizes the multiple discrimination that women with disabilities are subjected to, and requires State parties to address this by taking "all appropriate measures to ensure the full development, advancement and empowerment of women" in the enjoyment of their human rights. In its general recommendation No. 25 (2000) on gender-related dimensions of racial discrimination, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, which oversees compliance with the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination [15], also recognized the gender dimensions of racial discrimination and said it would "endeavor in its work to take into account gender factors or issues which may be interlinked with racial discrimination." The Committee against Torture, which monitors the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [16], also regularly addresses issues of violence against women and girls [4].

Another important international convention that regulates and provides regional protection women's rights is the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence [17], which represents the major human rights treaty establishing comprehensive legal standards to ensure women's right to be free from violence adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 7 April 2011. The Istanbul Convention recognizes violence against women as a violation of human rights and a form of discrimination against women. It covers various forms of gender-based violence against women, which refers to violence directed against women because they are women or violence affecting them disproportionately. Gender-based violence against women differs from other types of violence in that the fact that these are perpetrated against a woman is both the cause and the result of unequal power relations between women and men that lead to women's subordinate status in the public and private spheres which contributes to making violence against women acceptable. The convention frames the eradication of violence against women and domestic violence in the advancement of equality between women and men [18].

We could conclude that the basic women's rights are regulated by the international acts at universal and regional level taking into account the specifics aspects of social, economic, cultural development of the states in which these conventions are applied. However, we should mention that in some states women remain one of the most vulnerable social categories that require additional protection from international organizations.

Literature

1. Maftai, Jana. (2015). Aspects of UN Activities on the International Protection of Women's Rights. EIRP Proceedings. 10. 211-219.
2. Rousseau, J. J. (1754). Discourse of the origin of inequality among people. Electronic edition by Jean Marie Tremblay, 2002, Québec, <http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Rousseau%20JJ%20Discours%20sur.pdf>

3. Khayrulina Asal Bahadirovna International Law: Legal Aspects Of The Protection Of Women's Rights In Un System. Review of law sciences. 2019. №7. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/international-law-legal-aspects-of-the-protection-of-women-s-rights-in-un-system>
4. Women's Rights are Human Rights United Nations Publication (2014) New York and Geneva, ISBN 978-92-1-154206-6
5. United Nations Charter (full text) United Nations Charter (full text) | United Nations
6. Universal Declaration of Human Rights Universal Declaration of Human Rights | United Nations
7. Johannes Morsink, "Women's rights in the Universal Declaration", *Human Rights Quarterly*, vol. 13, No. 2 (May 1991).
8. International Covenant on Civil and Political Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49 A/RES/2200A(XXI): International Covenant on Civil and Political Rights (un.org)
9. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27 OHCHR | International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
10. Declaration on the Elimination of Violence against Women Proclaimed by General Assembly resolution 48/104 of 20 December 1993 https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.21_declaration%20elimination%20vaw.pdf
11. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979 OHCHR | Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
12. Convention on the Rights of the Child Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49 OHCHR | Convention on the Rights of the Child
13. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990
14. Convention on the Rights of Persons with Disabilities OHCHR | Convention on the Rights of Persons with Disabilities
15. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965 entry into force 4 January 1969, in accordance with Article 19 OHCHR | International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
16. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984 entry into force 26 June 1987, in accordance with article 27 (1) OHCHR | Convention against Torture
17. Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 11.V.2011 Council of Europe Treaty Series – No. 210 CETS 210 – Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (coe.int)
18. Istanbul Convention Action against violence against women and domestic violence Key facts about the Istanbul Convention Council of Europe Key facts about the Istanbul Convention (coe.int)

Деякі загальні особливості методології складання та оформлення процесуальних документів у цивільному судочинстві

Атаманчук І.В., к.ю.н., старший викладач

Донецький національний університет імені Василя Стуса

Поняття «документ» широко використовується в усіх сферах суспільної діяльності. Майже в кожній галузі знань є одна або декілька версій його розуміння, відповідно до специфіки тих об'єктів, яким надається статус документа. За тривалий історичний період значення поняття «документ» постійно змінювалося. До сьогодення часу застосовуються різні визначення, як у широкому значенні, так і в вузькому.

Поняття документ (лат. documentum – зразок, доказ, свідоцтво) походить від дієслова «docere» – вчити, навчати, від якого були утворені слова «doctor» – вчений, «doctrina» – вчення, «documentum» – те, що вчить, повчальний приклад.

Саме у цьому значенні слово документ використовувалося за часів Римської імперії. Пізніше воно набуло юридичного змісту і стало означати «письмовий доказ», «доказ», «почерпнуте з книг, підтверджуючих записів, офіційних актів». У XVIII–XIX ст. документом називали матеріальні предмети, на яких за допомогою письма фіксували інформацію; їх уживали для підтвердження чи засвідчення певних фактів, явищ, подій та дій. Саме у значенні письмового свідоцтва слово «документ» вживалося від середньовіччя до XIX ст. Латинське слово «документ» витіснило з ужитку українські слова, що існували до цього і позначали такі самі реалії, наприклад, «акт», «грамота», «лист», «листовне письмо».

На міжнародному рівні загальним визнано визначення документа як записаної інформації, що може бути використана як одиниця в документаційному процесі. Таке визначення розроблене та затверджене Міжнародною організацією зі стандартизації (ISO) за участю Міжнародної федерації бібліотечних асоціацій, Міжнародної федерації з документації, Міжнародної ради архівів, Міжнародної організації з інтелектуальної власності. Згідно зі стандартом ISO, інформація може бути записана будь-яким способом фіксування відомостей, за допомогою не тільки знаків письма, але й зображення, звука тощо. Таке визначення дозволяє зарахувати до документів усі матеріальні об'єкти, які можуть бути використані для передавання інформації в суспільстві.

Основним призначенням усіх видів документів є вираження в письмовому вигляді певної інформації, зафіксованої на матеріальному носії, для передачі її відповідним адресатам, які повинні використовувати цю інформацію у своїй діяльності.

В Україні офіційно прийняті три визначення документа, зафіксовані в Державних стандартах (ДСТУ): ДСТУ 2392-94: «Документ – записана інформація, яка може розглядатися як одиниця під час здійснення інформаційної діяльності»; ДСТУ 3017-95: «Документ – матеріальний об'єкт з інформацією, закріпленою створеним людиною способом для її передавання в часі та просторі»; ДСТУ 2732:2004: «Документ – інформація, зафіксована на матеріальному носії, основною функцією якого є зберігати та передавати її в часі та просторі».

За нормою статті 1 Закону України «Про інформацію», документом вважається матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі. Аналогічне визначення документу містить Інструкція з діловодства в місцевих та апеляційних судах України, затверджена Наказом Державної судової адміністрації України від 20.08.2019 № 814. В Положенні про автоматизовану систему документообігу суду загального визначення документа не міститься, натомість є визначення виконавчого документу.

В широкому сенсі юридичним документом вважається письмовий акт, який встановлює, розвиває або припиняє певні правовідносини чи фіксує юридично значимі факти та дії, або виступає актом правотворчості чи виконує функцію тлумачення права. При цьому, під поняттям «акт» розуміють прояв людської діяльності (дія, подія), так і документ – словесне відображення цієї діяльності через письмову мову. Вжиток терміну «правовий акт» або «акт-документ» притаманне сучасній українській мові та юридичній науці зокрема.

Вчені-цивілісти, по різному розуміють правову природу процесуального документа, так О. М. Перунова на підставі аналізу функціонального призначення акта-документа для кожної стадії цивільного процесу визначає, що процесуальні акти-документи у цивільному судочинстві – це система судових актів, які мають правовий (офіційний) характер, закріплюють процесуальні дії суду та інших суб'єктів процесу на кожній стадії цивільного процесу, за своїм функціональним призначенням з дотриманням процесуальної форми і змісту виступають гарантом законності й правопорядку у суспільстві, стоять на захисті громадських інтересів і прав громадян, а також процесуальної діяльності судів та є проявом волі держави [1, с. 8].

В залежності від способів зовнішнього вираження процесуальних дій в цивільних справах можна виділити такі ознаки процесуальних документів: залежність від стадії цивільного процесу, закріплення процесуальних дій суду і кожного учасника процесу, вимоги до процесуальної форми і змісту, їх взаємозалежність і взаємозв'язок.

Беручи до уваги, що процесуальні акти-документи приймаються на відповідних стадіях та етапах розгляду цивільної справи, необхідно вказати на їх системні зв'язки, оскільки документи відображують дії, що здійснюються у зв'язку з вирішенням конкретної справи і тому відповідні акти, що їх закріплюють, не є розрізненими. Усі вони мають офіційний характер, тобто заснований законі; законодавчо визначений спосіб вираження і закріплення (технічний, письмовий); відсутність єдиної для усіх актів письмової форми та змісту. Форма та зміст документів залежить від місця процесуальних дій, які виникають на підставі цього документа або передують його прийняттю, вони перебувають у безпосередній взаємозалежності й закріплені законом. Наприклад: позов, відзив, відповідь на відзив, ухвала, судовий виклик.

Мова процесуального документа є частиною юридичної мови, яка становить собою соціально й історично обумовлену систему засобів, способів і правил словесного вираження понять і категорій, вироблених і застосованих з метою юридичного регулювання поведінки суб'єктів суспільних відносин, а саме здійснення правосуддя у конкретній цивільній справі.

У сфері складання процесуальних документів мова виконує дві взаємопов'язані функції щодо права – відображає потребу нормативного врегулювання суспільних відносин і доводить її до відома учасників правовідносин за допомогою побудови вербального тексту. Найсуттєвішим у характеристиці юридичної мови є те, що їй властиві всі особливості офіційно-ділового стилю словесного і письмового викладення. З останнього випливають такі її специфічні риси, як офіційність, документальність, експресивна нейтральність, неупередженість, безособовість.

Високий ступінь композиційної та мовної стандартизації – основна ознака юридичного тексту, яка передбачає застосування усталених термінів, термінологічних конструкцій синтаксичні, лексичні та граматичні кліше, чітко визначена структура, що сприскорює розроблення та сприймання цих текстів, сприяє їх точності розуміння [2, с. 63-64].

Простота і ясність – вимоги загального характеру до мови усіх юридичних документів. Однозначність і максимальна точність інформації в них досягається за рахунок: логічності та послідовності викладення думки, її смислової завершеності; використання єдиних способів формулювання приписів; використання термінів з чітким та строго визначеним змістом; визначення слів та виразів в прямому і безпосередньому їхньому значеннях. Важливими вимогами є також стислість, сконцентрованість, однозначність та простота розуміння. При складанні процесуальних документів прийнято уникати метафор та образних виразів, слів у непрямому значенні, іноземних слів і термінів, спрощених словосполучень [3, с. 61]. Створення чіткого, зрозумілого та ефективного будь-якого процесуального документа передбачає, що кожне слово має нести смислове навантаження, мати певне значення. Текст процесуального документа, має бути без лексичних та стилістичних помилок. О. О. Кабиш [4, с. 99-103] надає рекомендації правильної побудови лінгвістичних конструкцій у судових процесуальних документах, наприклад:

УЖИВАЮТЬ:	РЕКОМЕНДОВАНО:
відносини між подружжям	стосунки (взаємини) між подружжям
вид на проживання	посвідка на проживання
виходячи з цього	на підставі цього, на основі цього, з огляду на це
відіграє важливе значення	має важливе значення, багато важить, має велику вагу, відіграє важливу роль
в найближчий час	найближчим часом, незабаром, невдовзі
в (у) силу закону	на підставі закону
в якості доказу	як доказ
дана справа	ця справа
документ включає важливі відомості	документ містить важливі відомості
за відсутністю доказів	через відсутність доказів, якщо немає доказів
задавати питання	ставити запитання (запитувати)
з наступних підстав	з таких підстав
знаходитися на лікуванні	перебувати на лікуванні
зустрічаються випадки	трапляються випадки
з точки зору	на думку, з погляду
на сьогоднішній день	на сьогодні, нині, зараз, тепер

Створення грамотного та правильного процесуального документу передбачає володіння прийомами юридичної техніки. Юридична техніка в правотворчості охоплює нормативні акти, тобто технікоюридичні прийоми і правила при виробленні нормативноправових актів, а в правозастосовній діяльності – індивідуальні акти, тобто технікоюридичні прийоми і правила при створенні таких процесуальних документів як судові акти, договори та ін.

Призначення кожного документа є різним залежно від виду цивільного провадження, стадії (етапу) судового процесу, крім того, існує різниця у межах кожного з видів процесуальних документів, і відповідно, різноманітними є і вимоги, які до них висуваються, а також значення для здійснення цивільного процесу. Маючи нерозривну єдність з процесуальною дією або рішенням, процесуальний документ відображає їх зміст та форму, засвідчує хід та результати, він відіграє суттєву роль при здійсненні правосуддя, слугує засобом реалізації учасниками процесу своїх прав та законних інтересів, є однією з гарантій їх захисту.

Література

1. Перунова О. М. Процесуальні акти-документи з цивільних справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2007. 20 с.
2. Правнича лінгвістика : навч. посіб. / Г.П. Проценко, Л.М. Шестопалова, О.Ф. Прохоренко [та ін.]; за заг. ред.. С.М. Гусарові. К. : ПАЛИВОДА А.В., 2010. 312 с.
3. Артеменко В. Проектування нормативно-правових актів: [навчальний посібник]. К. : Фонд «Європа ХХІ», 2007. 256 с.
4. Кабиш О. О. Українська мова в судово-процесуальній сфері: навч.-практ. посіб. К.: Алерта, 2019. 110 с.

Унітаризм у теорії і практиці державотворення сучасної України

Батанов О.В., д.ю.н., професор

Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Унітаризм як теорія та практика політико-територіального устрою відіграв визначальну роль у процесах становлення, розвитку, збереження та зміцнення вітчизняної державності. Багатовікова історія вітчизняного державотворення довела цінність унітаризму як квінтесенції територіальної організації української держави. Важливість цього конституційного принципу набула свого особливого практичного значення в умовах окупації Автономної Республіки Крим та збройної інтервенції Російської Федерації проти України.

Збереження унітарності України, цілісності і недоторканності її території – аксіома конституційного сьогодення та телеологічна домінанта функціонування української держави. Український унітаризм, цілісність та недоторканність території України визначає зміст та спрямованість зовнішньої і внутрішньої політики держави та є об'єктом національної безпеки України, справою всього Українського народу.

Практика українського державотворення підтвердила, що єдність – політична, національна, регіональна є однією з головних умов здійснення української державності. Сягаючи корінням в епоху України-Руси, українська ідея соборності з плином часу та відповідно до суспільно-політичних колізій на теренах України набувала щоразу нового смислу. Соборність розумілась як майбутня політична, в тому числі й територіальна, економічна, соціокультурна, релігійна та духовна цілісність.

Концептуальний аналіз вітчизняних конституційно-правових традицій унітаризму та соборності являє інтерес у зв'язку з тим, що ми отримуємо можливість, з одного боку, зіставити унікальні національні моделі взаємовідносин держави та її адміністративно-територіальних одиниць, розглянути тенденції централізації та децентралізації, проаналізувати практику розподілу функцій центру та місць на різних історичних етапах, з іншого – провести порівняння з аналогічними процесами у зарубіжних країнах.

В цілому проблема територіального устрою України виявилася чи не найскладнішим конституційним інститутом за всі роки незалежності української держави. По суті, у перші роки Незалежності України взагалі не було вироблено чіткої як загальнотеоретичної, так і нормативної стратегії щодо спрямування України в напрямку унітаризму.

Підтвердженням цьому було існування у певний час інституту Президента Автономної Республіки Крим, надання права Верховній Раді Автономної Республіки Крим приймати власні закони тощо. Лише Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України «Про основні засади організації та функціонування державної влади та місцевого самоврядування на період до прийняття нової Конституції України» [1] офіційно визначив унітарний вектор розвитку української державності.

Слід констатувати, що попри доволі фрагментарний підхід до концептуальних проблем територіальної організації держави, в цілому загальний унітарний вектор державотворення був незмінним у офіційній конституційно-правовій політиці як у доконституційний, так і пост-конституційний період.

Так, ще у Концепції нової Конституції України, схваленій Верховною Радою УРСР 19 червня 1991 року, обґрунтовувалися засади конституційного ладу УРСР, зокрема послідовно вказувалося, що її «форма державного устрою – унітарна держава, до складу якої входить Кримська Автономна Радянська Соціалістична Республіка». При цьому, зазначалося, що «територія Республіки є недоторканною і неподільною. Вона не може бути змінена або використана без її згоди. Питання територіальної цілісності України є виключним правом народу України» [2].

З часом, у Проекті Конституції України, винесеному Верховною Радою України на всенародне обговорення, не лише закріплювалося, що «територія України є єдиною, неподільною, недоторканною і цілісною. Питання про зміни території і державних кордонів України вирішуються лише загальноукраїнським референдумом» (ст. 7 проекту), а й чітко

визначалося, що «Україна є унітарною державою», територіальний устрій якої «ґрунтується на засадах єдності, неподільності, недоторканності і цілісності державної території, комплексності економічного розвитку і керованості окремих її частин з урахуванням загальнодержавних і регіональних інтересів, національних і культурних традицій, географічних і демографічних особливостей, природних і кліматичних умов» (ст. 104 проекту) [3].

Попри відсутність систематизованих актів, які б забезпечували реалізацію конституційних засад територіального устрою та детально регламентували порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою, слід констатувати, що державна політика у сфері конституювання та гарантування унітарності вітчизняної державності, особливо після прийняття Конституції України, стала послідовною та однозначною. Так, у Концепції адміністративної реформи в Україні зазначалося, що «у процесі трансформації територіального устрою та системи місцевого самоврядування слід спиратися на національний досвід, а також на світову, насамперед європейську, практику», при цьому процес перетворень «доцільно здійснювати з урахуванням унітарної форми державного устрою, яка забезпечує збереження соборності України» [4].

У Концепції державної регіональної політики від 25 травня 2001 року, закріплювалося, що державна регіональна політика ґрунтується, поряд з іншими принципами, із врахуванням принципу «забезпечення унітарності України та цілісності її території, включаючи єдність економічного простору на всій території держави, її грошово-кредитної, податкової, митної, бюджетної систем» [5]. Також, серед принципів державної регіональної політики, закріплених у Законі України «Про засади державної регіональної політики» [6] вагомим місцем займає принцип унітарності, під яким розуміється «забезпечення просторової, політичної, економічної, соціальної, гуманітарної цілісності України» (частина перша ст. 3).

Нарешті слід звернути увагу на концептуальні положення державної мовної політики в Україні. Так, у Концепції державної мовної політики закріплювалося, що «повноцінне функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території держави є гарантією збереження ідентичності української нації, єдності України» та встановлювалося, що одним з основних завдань цієї Концепції є сприяння «посилению функції державної мови як об'єднавчого і консолідаційного чинників в українському суспільстві, засобу зміцнення державної єдності України» [7]. У розвиток цих засад, у частині третій ст. 1 Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної», зазначається, що «державний статус української мови є невіддільним елементом конституційного ладу України як унітарної держави» [8].

Однозначною, чіткою та послідовною у цьому контексті була й офіційна позиція усіх президентів та провідних державних діячів України. Так, наприклад, коментуючи ідею федералізації країни, другий Президент України Л. Д. Кучма заявляв, що «така пропозиція розвалить країну. У нас є цілісний шматок матерії, ковдру, розріжмо її на клапти, а потім спробуємо їх зшити. Ніколи федерацію – подивімося на світовий досвід – ще не робили зверху. Завжди маленькі суб'єкти об'єднувалися для захисту своїх інтересів – князівства і так далі. А щоб узяти унітарну країну поділити на шматки – це однозначно бажання Росії і потуги Росії розвалити Україну» [9].

Третій Президент України В. А. Ющенко не лише послідовно проголошував, що «Україна є і буде унітарною та соборною» [10], а «демократичний розвиток є органічною складовою державності», а й констатував, що «Український народ має потужний ресурс єдності. Його опорою є принцип унітарності» [11].

Президент України В. О. Зеленський за результатами саміту лідерів країн – учасниць «Нормандської четвірки» у Парижі у грудні 2019 року, окреслюючи принципи, якими Україна не поступиться на шляху до встановлення миру на сході країни, у першу чергу вказував на «неможливість федералізації. Україна – унітарна держава. Це незмінна стаття Конституції України та непорушний принцип існування держави» [12].

Подібні ідеї та принципи сповідують й інші відомі вітчизняні політики. Так, один із авторів Конституції України В. Л. Мусіяка, стверджував, що «Україна ніколи не буде федерацією – за своєю природою, за всіма ознаками, які характеризують державу, це унітарна країна. Не просто тому, що в Конституції так закріплено, а тому що Україна – це єдиний простір, це єдина територія, це єдиний народ» [13].

Двічі Прем'єр-міністр України та лідер партії «Батьківщина» Ю. В. Тимошенко наголошує, що вона виступає «виключно за унітарну форму організації України. Федералізація в нашій країні не допустима, тому що існують дуже сильні центробіжні сили, які сьогодні розривають нашу країну, які сьогодні на Сході і на Заході намагаються чинити провокації, розхитуючи єдність України. Тому забудьте про слово «федералізація». Я ніколи цього не допущу, якщо буде можливість разом з вами по-новому будувати Україну. Федералізації не буде ніколи. Унітарна країна!» [14].

Таке політико-правове розуміння державоутворюючого значення унітарності України дозволяє говорити про існування феномену українського унітаризму не тільки як привабливої концептуальної моделі, а й об'єктивної реальності, яка має аксіологічні, гносеологічні, онтологічні, цивілізаційні, інституціональні, конститутивні, нормативні, функціонально-телеологічні, історичні, націотворчі та ментальні параметри, які еволюційним шляхом склалися під впливом відповідних ідей та принципів.

Такий симбіоз сутнісних, змістових та системно-структурних характеристик сучасного унітаризму дозволяє розуміти, розвивати, захищати унітарну державність. Адже, тільки за умови такої парадигмально-конституційної, інституціональної та функціональної інсталяції у механізм демократичного конституційного ладу унітаристська ідея стає оптимальною та, по суті, універсальною основою для вирішення значної кількості суспільних справ, у тому числі та у першу чергу прав людини, що свідчить про колосальний гуманістичний потенціал сучасного українського унітаризму.

На наш погляд, формування цілісної парадигмально-конституційної основи сучасного українського унітаризму відіграватиме вагомий інформаційно-пропагандистську роль у процесах протидії здебільшого проросійськи орієнтованим концептам федералізації України. Саме ця обставина є причиною того, що питання вітчизняного унітаризму зводиться тільки до суто політичної тематики або віддається на відкуп формально-юридичним методам його вирішення. При цьому не враховується, що визначення цього феномену – це питання, яке напряму пов'язане з аксіологічними, онтологічними, гносеологічними, сутнісно-субстанціональними та функціонально-телеологічними перспективами розвитку української державності.

Концептуальний аналіз конституційно-правових проблем сучасного унітаризму [15], доводить, що унітарна форма державного устрою є найбільш оптимальною для України, в межах якої діє єдина конституція та законодавство на всій території, функціонує єдина система органів влади (законодавча, виконавча, судова), діє єдине громадянство та ін. Значний вплив на організацію та функціонування державної влади в Україні відіграє такий феномен конституційно-правового буття як децентралізація публічної влади, яка полягає у передачі частини повноважень від органів виконавчої влади на місцевий рівень.

Вважаємо, що подальша модернізація та оптимізація державної влади в умовах сьогодення є майже неможливою без зміни концептуальних підходів щодо організації та функціонування державної влади на основі принципів верховенства права, демократизму, унітаризму, цілісності, централізації і децентралізації, субсидіарності та ін., які складають ключовий зміст державної влади в унітарних країнах, а також налагодження ефективних механізмів в системі стримувань і противаг задля утвердження України як правової, демократичної держави.

Безумовно, важливими та дискусійними питаннями конституційної теорії і практики вітчизняного унітаризму, залишаються проблеми формування національної ідеї та регулювання етнопонаціональних відносин, здійснення адміністративно-територіальної реформи, особливості реалізації мовної, інформаційної, економічної та бюджетно-фінансової

політики в сучасній Україні. Однією з ключових та актуальних, синергетично пов'язаних із теорією та практикою українського унітаризму, є проблема національної безпеки та оборони. Безумовно, колосальне значення має проблема гармонізації релігійної атмосфери в українському суспільстві, розбудова міжконфесійних відносин на засадах імперативів толерантності. Українська мова й українська ідентичність, національна культура, віра, історія, традиції, мистецтво, соборність – це фундаментальні цінності, що єднають громадян України у національну спільноту, що є запорукою територіальної цілісності та незалежності України.

Сукупність цих факторів доводить визначальну роль унітаризму та соборності в реалізації української національно-державницької ідеї, її значення в сучасному державотворчому процесі, в консолідації української нації та механізмі організації та функціонування української державності. Саме ідеал соборності українських земель упродовж багатьох століть виступав визначальним чинником національної консолідації, виявом генетичного прагнення Українського народу до територіального й духовного єднання, спадкоємності історичної державницької традиції. Унітаризм, цілісність та недоторканність території є фундаментальною підвалиною існування незалежної та соборної України.

Збереження і примноження державотворчого потенціалу ідеї унітаризму та соборності як запоруки нерозривності і єдності державного організму, є визначальною умовою поступального соціально-політичного, економічного і духовно-культурного розвитку України.

Література

1. Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України» від 8 червня 1995 р. *Голос України*. 1995. 10 червня.

2. Концепція нової Конституції України: Схвалена Постановою Верховної Ради Української РСР «Про Концепцію нової Конституції України» від 19 червня 1991 року № 1213-ХІІ. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 35. ст. 466

3. Конституція України: Проект, винесений Верховною Радою України на всенародне обговорення: Постанова Верховної Ради України «Про проект нової Конституції України» від 1 липня 1992 року № 2525-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 37. ст. 550

4. Концепція адміністративної реформи в Україні: Затверджена Указом Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні» від 22 липня 1998 року № 810/98. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98?find=1&text=%D1%83%D0%BD%D1%96%D1%82%D0%B0%D1%80#w13>

5. Концепція державної регіональної політики: Затверджена Указом Президента України «Про Концепцію державної регіональної політики» від 25 травня 2001 року № 341/2001 *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/341/2001?find=1&text=%D1%83%D0%BD%D1%96%D1%82%D0%B0%D1%80#w13>

6. Закон України «Про засади державної регіональної політики» від 5 лютого 2015 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 13. ст. 90

7. Концепція державної мовної політики: Схвалена Указом Президента України від 15 лютого 2010 року № 161/2010. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/161/2010?find=1&text=%D1%83%D0%BD%D1%96%D1%82%D0%B0%D1%80>

8. Закон України «Про забезпечення функціонування української мови як державної» від 25 квітня 2019 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 21. ст.81

9. Кучма: федералізація розвалить Україну. Федерації створюють «знизу», а не «згори». Портал новин LB.ua. URL: https://lb.ua/news/2014/04/13/262932_kuchma_federalizatsiya_razvalit.html?fbclid=IwAR1R_v1Yg_c1Px-guyqiQseR4j5O3QuN5GoeJpK7n6kSXB_jg8kas5FpIJM

10. Ющенко В. Промова Президента з нагоди 15-ої річниці Незалежності України 24 серпня 2006 року. *Львівська газета*. 2006. 28 серп. С. 5.
11. Послання Президента України Віктора Ющенка до Верховної Ради України про внутрішнє і зовнішнє становище України. 2008 рік. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0013100-08?fbclid=IwAR2aF19kmEk2MHKSXcCm8pw_Yf1CyNjLCL5JyCiLBs-Vy4Y8zvN54dSxs9E#Text
12. Україна ніколи не поступиться своєю територією й не дозволить впливати на вектор свого руху та розвитку – Президент Володимир Зеленський. *Офіційне інтернет-представництво Президента України*. URL: https://www.president.gov.ua/news/ukrayina-nikoli-ne-postupitsya-svoyeyu-teritoriyeyu-j-ne-doz-58805?fbclid=IwAR3p270x7r3SKnvEp3YeBviR_a1XGJFcoVwX8mW1uycNnRTWp1PxR3Qs91c
13. Юрист Виктор Мусияка – о (не)федерализации Украины. Интервью для программы «Время свободы» от 7 апреля 2014 года. *Радио Свобода*. URL: <http://www.svoboda.org/content/article/25324374.html>
14. Юлія Тимошенко не допускає федералізації України та виступає за унітарну державу. Батьківщина. URL: <https://ba.org.ua/yuliya-timoshenko-ne-dopuskaeye-federalizaci%d1%97-ukra%d1%97ni-ta-vistupaye-za-unitarnu-derzhavu/?fbclid=IwAR33i0VY7gGQve8tdZbjt0n0Up5u3OPzcYSnvyMqJwM-JS3uXaAeiPF1rew>
15. Сучасний унітаризм: доктрина і практика: монографія / Ю. С. Шемшученко, О. В. Скрипнюк, О. В. Батанов та ін.; відп. ред. Ю. С. Шемшученко. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2021. 516 с.

Децентралізація в Україні у контексті конституційно-правової відповідальності у сфері місцевого самоврядування

Батанова Н.М., к.ю.н.

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Конституційно-правова відповідальність суб'єктів місцевого самоврядування є не лише важливим засобом гарантування прав територіальних громад, а й однією з важливих умов децентралізації публічної влади в Україні. Актуальність проблематики юридично відповідального місцевого самоврядування не викликає сумніву. Як наголошує Уряд України, реформа децентралізації «передбачає відповідальність органів місцевого самоврядування перед жителями – за ефективність своєї роботи, а перед державою – за її законність» [7]. На думку експертів з питань місцевого самоврядування, «завдяки реформі, кожен рівень місцевого самоврядування отримує свої виключні повноваження, необхідні ресурси для їх виконання та встановлений порядок відповідальності перед виборцями і державою» [9].

На наше переконання, без формування цілісного механізму юридичної відповідальності у місцевому самоврядуванні як окрема територіальна громада не може сформуватися як первинний суб'єкт місцевого самоврядування, так і народ у цілому не може стати реальним сувереном в своїй державі, а незадоволення політикою, яка проводиться владою, може призводити до поза- або неправових, нецивілізованих, насильницьких форм вирішення політичних та інших проблем. Якщо система місцевого самоврядування не буде включати в себе ефективні механізми відповідальності, ця система, навіть за умовами реалізації усіх демократичних принципів, зведеться лише до децентралізації влади. Більше того, неодмінно буде виключена сама можливість визначення такого способу владарювання у якості місцевого самоврядування. Бюрократія просто зійде на місцевий рівень та буде продовжувати залишатися безконтрольною на фоні відчуженості жителів від управління місцевими справами, ускладненості або взагалі неможливості самоорганізації жителів, усвідомлення ними спільної справи та відповідальності за нього [1, с. 667–668].

Як зазначає автор першої в Україні дисертації з актуальних проблем конституційної відповідальності в системі захисту правового статусу суб'єктів місцевого самоврядування О. В. Краснікова, «конституційна відповідальність є гарантією самостійності функціонування органів місцевого самоврядування, а також демократичної організації державної влади, прогресивного розвитку суспільства в цілому, важливим фактором утвердження і забезпечення законності публічної влади. Конституційна відповідальність держави, органів державної і самоврядної влади, посадових осіб перед громадянином, суб'єктами місцевого самоврядування і суспільством є чинником, що закріплює у правосвідомості людини уявлення про справедливість, легітимність влади» [5, с. 3].

Практика реальної децентралізованої публічної влади свідчить про необхідність формування не лише самостійних та самодостатніх територіальних громад, а і відповідального місцевого самоврядування. Ефективне здійснення місцевого самоврядування передбачає прояв ініціативи, творчості, самостійних дій з боку кожного учасника муніципального процесу, який може здійснюватися лише в умовах справжньої децентралізації публічної влади.

Уся справа, однак, в тому, що саме слід розуміти під цим, які межі такої відповідальності, форми вираження. В законодавчому визначенні місцевого самоврядування однією з ключових є вказівка на «самостійне або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування» (ст. 2 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні») вирішення питань місцевого значення. Аналогічна формула міститься й у Всесвітній декларації місцевого самоврядування та Європейській хартії місцевого самоврядування – загальновизнаних міжнародно-правових стандартах місцевого самоврядування. Так, ст. 2 Всесвітньої декларації встановлює, що місцеве самоврядування – це право та обов'язок місцевих органів влади регулювати та вести державні справи, під свою особисту відповідальність і в інтересах місцевого населення. Згідно ст. 3 Європейської хартії під місцевим самоврядуванням розуміється право і реальна здатність органів місцевого самоврядування регламентувати значну частину місцевих справ і управляти нею, діючи у межах закону, під свою відповідальність і в інтересах місцевого населення.

На актуальність теми юридичної відповідальності у сфері місцевого самоврядування вказує проблема протиріч і конфліктів у системі місцевого самоврядування [4; 6; 8] та конфліктогенності у конституційному праві в цілому, консенсусу та компромісу у правовій сфері тощо. Адже сучасна історія розвитку місцевого самоврядування показує, що в його матерії існує перманентний конфлікт державного і громадського, а також протиріччя регіональних і муніципальних публічно-владних структур. Це очевидно, наприклад, при аналізі процесів добровільного об'єднання територіальних громад, стану місцевого самоврядування в територіальних громадах сіл та селищ, а також містах районного та обласного значення. Держава в цілому і регіональні влади часто не бажають бачити в місцевому самоврядуванні та його первинному суб'єкті – територіальній громаді, – повноправного суб'єкта публічного владарювання та господарсько-економічних відносин, що володіє самостійною ресурсною базою.

Розмежування предметів відання, функцій та повноважень між органами державної влади та органами місцевого самоврядування також є одним із найбільш складних завдань становлення дієздатного місцевого самоврядування. Однак передача державних повноважень місцевому самоврядуванню – це свого роду технічне рішення, що дозволяє державній владі за допомогою адміністративної інфраструктури місцевого самоврядування вирішувати величезну кількість місцевих проблем. Таким чином, місцеве самоврядування є осередком конфлікту інтересів різних рівнів влади і суспільства.

Крім традиційних суперечностей і конфліктів, пов'язаних з прагненням держави обмежувати права місць і з намаганням місць розширювати свої права, в відносини між державними органами і органами місцевого самоврядування додалася потужна політична складова в особі політичних партій, які стали після прийняття чинного законодавства України про місцеві вибори, по-суті, ключовими суб'єктами муніципальної політики,

породивши безліч протиріч і конфліктів в механізмі реалізації принципів муніципального права та місцевого самоврядування.

Крім сказаного, є цілий комплекс проблем, пов'язаних з відсутністю координації дій різних структур держави та громадянського суспільства щодо інституціоналізації місцевого самоврядування. Сучасне суспільство часто взагалі не готове взяти на себе відповідальність за всю складність вирішення місцевих проблем. В силу слабкості соціокультурних основ реформи місцевого самоврядування, існує необхідність у всебічному вивченні та роз'ясненні цілей і завдань реформи місцевого самоврядування.

Звідси завдання юридичної відповідальності у сфері місцевого самоврядування – це те, що потрібно подолати, виконати, втілити в життя для досягнення наміченої мети не лише санкцій цієї юридичної відповідальності, а і в цілому конституційного, адміністративного та муніципального права. Так, для досягнення найближчої мети зниження рівня правопорушень у сфері місцевого самоврядування завданнями юридичної відповідальності у сфері місцевого самоврядування є захист територіальних громад, основоположних муніципальних цінностей (свобода, солідарність, субсидіарність, децентралізація), зміцнення правопорядку і законності на муніципальному рівні, формування громадянськості та муніципальної культури. При цьому, завдання юридичної відповідальності у сфері місцевого самоврядування – це категорія об'єктивно-суб'єктивна. Вона формується і виконується під впливом об'єктивного світу і процесів, що відбуваються у територіальних громадах, процесів децентралізації публічної влади, в цілому у суспільстві та державі. Її суб'єктивність проявляється в тому, що вона формується у свідомості суб'єктів правотворчості та правореалізації.

Концептуальний аналіз юридичної відповідальності у місцевому самоврядуванні є важливим не лише в суто доктринальному аспекті, але має вихід на реальне життя територіальних громад та їх членів – мешканців сіл, селищ та міст. Причиною тому є специфічне коло суб'єктів, на які розповсюджується відповідальність в системі правових відносин місцевого самоврядування: територіальні громади, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови, органи та посадові особи місцевого самоврядування, органи самоорганізації населення, старости тощо, тобто ті інституції, які щоденно приймають рішення щодо питань місцевого значення.

Окрім, зазначених теоретичних моментів у розумінні сутності та змісту юридичної відповідальності у місцевому самоврядуванні, є системні проблеми, як з точки зору її нормативно-правової регламентації, так і реалізації, ефективності тощо. Насамперед, це пов'язане із фактом конституційного визнання місцевого самоврядування як публічної влади територіальної громади, яка організовується та функціонує на принципах субсидіарності, децентралізації, правової, організаційної та економічної самостійності. У цьому аспекті практичне значення даного виду юридичної відповідальності полягає в тому, що разом із визнанням свободи дій щодо вирішення питань місцевого значення (правової, організаційної та матеріально-фінансової самостійності місцевого самоврядування) держава в певному сенсі дистанціюється і від наслідків, які є результатом самоврядування територіальних громад.

Звідси, формулу «під власну відповідальність», що є однією з ідентифікуючих ознак європейської моделі місцевого самоврядування, слід розуміти як самовідповідальність в тому сенсі, що заплановані та здійснювані рішення та дії місцевого самоврядування повинні спиратися тільки або переважно на власні ресурси, матеріальні та інші засоби. Безумовно, мова йде переважно про відповідальність лише за те коло питань, які прагнуть вирішувати (безпосередньо або через власні органи) самі територіальні громади та їх члени – мешканці сіл, селищ та міст. Ось чому багато що залежить від чіткості розмежування інтересів центру і місць, державних і місцевих функцій, від того, наскільки рельєфно виділена в системі останніх виключна прерогатива територіальних громад, від того, наскільки є реальним коло питань місцевого значення.

Відразу зазначимо, що діяльність «під свою відповідальність» – це не обов'язок територіальної громади нести колективні обмеження, які застосовуються державою, а обов'язок діяльно здійснювати власні визнані державою самоврядні права. Формула «під

свою відповідальність» означає, що байдуже ставлення жителів – членів територіальних громад до того, кого воно обирає в органи місцевого самоврядування, апатія, патерналізм, нігілізм, небажання та невміння брати участь в організаційних формах контролю за місцевими владами, відсутність активного співробітництва, соціальної солідарності мешканців (мікротериторіальний егоїзм) тощо може привести (приводить) до низького рівня добробуту основної маси населення в селі, селищі, місті. Звідси, територіальна громада в даному випадку юридично та політично відповідає сама перед собою і на кожному мешканці полягає частка цієї відповідальності [2].

Щоправда, юридично та політично відповідальне місцеve самоврядування передбачає, що у випадку неналежного здійснення громадянами своїх прав та обумовлені цим несприятливі соціально-економічні, політичні та інші наслідки покладаються на населення та можуть державою не компенсуватися. Методологічною позицією в даному випадку є ідея руху до самоуправлінської, тобто самовідповідальної муніципальної спільноти, де внутрішньоособові регулятори поведінки замінюють собою зовнішні, насамперед державницькі. Від цього залежить і ефективність юридичної відповідальності у сфері місцевого самоврядування як співвідношення між результатом її впливу на муніципально-правові відносини та метою, яка ставиться перед нею.

Комплексний концептуально-конституційний аналіз проблем децентралізації публічної влади в Україні у контексті юридичної відповідальності у сфері місцевого самоврядування [3, с. 159–176] дозволяє нам визначати її, по-перше, як вид конституційно-правової відповідальності; по-друге, як один з елементів конституційного механізму гарантування місцевого самоврядування; по-третє, як важливий інструмент легалізації та легітимації муніципальної влади як публічної влади територіальних громад, адже це насамперед відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування перед населенням; по-четверте, як вид конституційного правовідношення нерівноправних сторін – владовідношення, яке засноване на державному (або прирівняному до нього суспільному) примусі, елементами якого виступають взаємно кореспондуючі права і обов'язки; по-п'яте, у функціонально-телеологічному вимірі підставою такої відповідальності є конституційний делікт у сфері місцевого самоврядування; по-шосте, дана відповідальність має соціально-політичний характер, що зумовлюється специфікою муніципальних відносин.

Для того щоб існував ефективний механізм відповідальності у сфері місцевого самоврядування необхідними є, по-перше, постійне і активне вдосконалення організації і функціонування системи місцевого самоврядування, особливо форм, методів, способів тощо реалізації форм безпосередньої діяльності територіальних громад як первинних суб'єктів місцевого самоврядування; по-друге, покращення нормативного регулювання різноманітних управлінських взаємозв'язків всередині територіальної громади. В певному сенсі це і умова, і фактор відповідальності. Умова – тому, що значною мірою тільки нормативне закріплення відносин відповідальності служитиме підставою і орієнтиром оцінки, шкалою реакції і процедурою виміру дій органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та інших учасників муніципального процесу; по-третє, використання у відповідних відносинах таких громадських інститутів впливу на свідомість, поведінку і діяльність людей як моральні норми, традиції та звичаї, громадська думка, ЗМІ тощо; по-четверте, використання системи стимулювання, яка традиційно недооцінюється як умова формування відносин відповідальності. Якщо примусова, санкціонована, каральна сторони важливі для підтримання відносин відповідальності, то не менше значення у цій справі можуть відігравати і стимули. Вірне використання економічних, соціальних, політичних та духовних стимулів є не лише доцільним, а й обов'язковим у місцевому самоврядуванні; по-п'яте, наявність ефективного механізму державної підтримки та гарантування місцевого самоврядування тощо.

Література

1. Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні: Кол. монографія / В. О. Антоненко, М. О. Баймуратов, О. В. Батанов та ін.; За ред. В. В. Кравченка, М. О. Баймуратова, О. В. Батанова. Київ: Атіка, 2007. 864 с.

2. Батанов О. В. Територіальна громада і людина та проблеми відповідальності у місцевому самоврядуванні. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2003. № 10. С. 5–15.
3. Децентралізація публічної влади в Україні в контексті зарубіжного досвіду та євроінтеграційних процесів: колективна монографія / За наук. ред. проф. О. В. Батанова, доц. Р. Б. Бедрія. Львів: СПОЛОМ, 2021. 388 с.
4. Карташов В. Г. Правовой механизм разрешения коллизий в сфере местного самоуправления: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право». Москва, 2008. 26 с.
5. Краснікова О. В. Конституційна відповідальність в системі захисту правового статусу суб'єктів місцевого самоврядування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 «Конституційне право». Одеса, 2003. 18 с.
6. Мамедова А. І. Муніципальний конфлікт: конституційно–правові засади розуміння та визначення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». Харків, 2015. 24 с.
7. Реформа децентралізації. *Урядовий портал*. Єдиний веб-портал органів виконавчої влади України. URL: https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/reformi/efektivne-vryaduvannya/reforma-decentralizaciyi?fbclid=IwAR2RZy_WMmhSN4hj3ZVB0rkaXOTt7KrImhMGh2wT1TbrUuFVKDFQ1e2B_8k
8. Федчун Н. О. Конфлікти в діяльності органів місцевого самоврядування: причини, шляхи розв'язання та прогнозування: автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр.: спец. 25.00.04 «Міське самоврядування». Київ, 2009. 20 с.
9. Функціональна децентралізація. Збірник відповідей на типові запитання підготовлено на основі запитань учасників публічних заходів «Інституту громадянського суспільства». 52 с. С. 13 URL: https://www.csi.org.ua/wp-content/uploads/2016/05/BroshuraZbirnikQuestion-PRN.pdf?fbclid=IwAR3KBh1b8USUSYNS16EVYu8X-ShkFk5i599J-KGSTYqCy6_ujVgjNVAeGE4

Правова природа фінансових санкцій, що застосовуються Державною службою України з питань праці за порушення трудового законодавства

Белікова М.І., к.ю.н., асистентка

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У 2014 році було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці», яким передбачено запровадження статтею 265 Кодексу законів про працю України фінансових санкцій для роботодавців юридичних та фізичних осіб–підприємців, у вигляді штрафу у розмірі від 1 до 30 мінімальних заробітних плат за допуск працівника до роботи без оформлення трудових відносин, оформлення працівника на неповний робочий час у разі фактичного виконання роботи повний робочий час, виплати заробітної плати без нарахування та сплати єдиного внеску та податків, порушення термінів виплати заробітної плати більш ніж за один місяць, виплати не в повному обсязі, недотримання мінімальних державних гарантій в оплаті праці та порушення інших вимог трудового законодавства. Органом, який уповноважено застосовувати вищезазначені санкції визначено Державну службу України з питань праці. Проте, законодавцем у статті 265 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України), не визначено до якого виду юридичної відповідальності віднесено фінансові санкції у вигляді штрафу, що накладаються посадовими особами Державної служби України з питань праці (далі – Держпраці) на роботодавців (юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців). У частині третій статті. 265 КЗпП України закріплено, що такі фінансові санкції не належать до адміністративно-господарських санкцій, визначених главою 27 Господарського кодексу України.

Такий стан справ породжує чимало проблем під час правозастосування як суб'єктами владних повноважень, так і судами. До прикладу у постанові Верховного Суду від 21 грудня 2018 року у справі № 814/2156/16 визначено, що правопорушення, передбачені у частині другій статті 265 КЗпП України так само, як і правопорушення, передбачене у частині третій статті 41 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), належить за своєю природою (основними ознаками) до такого виду юридичної відповідальності як адміністративна відповідальність. Разом з тим, Верховний Суд (у складі колегії суддів, що входять до палати з розгляду справ щодо виборчого процесу та референдуму, а також захисту політичних прав громадян Касаційного адміністративного суду) у постанові від 06.03.2019 у справі № 522/12566/18 висловив думку, що наявність у частині третій статті 265 КЗпП України прямої вказівки на те, що штрафи, накладення яких передбачено частиною другою цієї статті, є фінансовими санкціями, ототожнення таких штрафів із адміністративною відповідальністю є неправильним, а накладення на юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців, які використовують найману працю, санкцій відповідно до статті 265 КЗпП України не охоплюються поняттям «притягнення до адміністративної відповідальності». Тобто, як бачимо, навіть Верховний Суд однозначно не може визначитися із правовою природою таких фінансових санкцій.

Подібна невизначеність стає тригером для численних наукових досліджень, присвячених визначенню правової природи фінансових санкцій за порушення трудового законодавства. Наразі єдності думок науковців щодо їх правової природи немає. До прикладу, Черкасов О.В. зазначає, що такі заходи є певною складовою відповідальності у трудовому праві, однак за своєю сутністю не утворюють самостійний вид юридичної відповідальності. Поряд із цим вказані штрафи є нетиповою складовою механізму юридичної відповідальності роботодавця у трудовому праві, оскільки не відносяться до жодного з видів відповідальності, притаманних цій галузі. Штрафи мають розглядатися як певні заходи примусу, оскільки вони мають нерозривний зв'язок з трудовими правовідносинами, їх розглядати як специфічні заходи примусу в трудовому праві [1, с. 25-26].

На думку Г. І. Чанишевої, можна говорити про закріплення у ст. 265 КЗпП нового виду відповідальності у трудовому праві – фінансової відповідальності роботодавців – юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, які використовують найману працю, за порушення вимог трудового законодавства. Фінансову відповідальність роботодавця у такому випадку можна визначити як форму реалізації державно-владного примусу, що виникає у разі вчинення ним порушення вимог трудового законодавства і полягає у застосуванні центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, фінансових санкцій, передбачених законом [2, с.228-229]. Схожої думки дійшов О. О. Кравчук, який відзначив, що на сьогодні трудове законодавство передбачає накладення особливих фінансових санкцій на роботодавців, у разі його порушення. Отже, слід констатувати, що фінансова відповідальність поширилася за межі фінансового права. Нині в процесі застосування розглядуваної відповідальності виникає значна кількість практичних проблем, що потребують вирішення, в тому числі і шляхом удосконалення законодавства [3, с. 125]. Не вдаючись у дискусію стосовно доцільності віднесення фінансових санкцій, передбачених статтею 265 КЗпП України, до заходів фінансово-правової відповідальності, оскільки видається сумнівним таке твердження з огляду на положення самого Податкового кодексу України в частині визначення термінології, наведені вище думки науковців були згадані з тим аби проілюструвати відсутність у вчених єдиних поглядів щодо можливості розглядати штраф як міру адміністративної відповідальності.

У теорії права традиційно виділяють п'ять видів юридичної відповідальності: кримінальну, цивільну, адміністративну, дисциплінарну, а також матеріальну. Цей поділ здійснюється за правовою природою і загальним (міжгалузевим) характером видів цієї відповідальності.

Хоча у пункті 22 частини першої статті 92 Конституції України зазначено, що виключно законами встановлюються: засади цивільно-правової відповідальності та діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них, Конституційний Суд України у своєму рішенні від 30 травня 2001 N 7-рп/2001 відзначає, що системний аналіз конституційних положень дає підстави дійти висновку, що за своїм змістом пункт 22 частини першої статті 92 Конституції України спрямований не на встановлення переліку видів юридичної відповідальності. Ним визначено, що виключно законами України мають врегульовуватись засади цивільно-правової відповідальності (загальні підстави, умови, форми відповідальності тощо), підстави кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності – діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями (основні ознаки правопорушень, що утворюють їх склад), та відповідальність за них. У такий спосіб Конституція України заборонила врегульовувати зазначені питання підзаконними нормативно-правовими актами та встановила, що лише Верховна Рада України у відповідному законі має право визначати, яке правопорушення визнається, зокрема, адміністративним правопорушенням чи злочином, та міру відповідальності за нього [4].

Додамо, що адміністративна відповідальність настає за вчинення адміністративного правопорушення, яким відповідно до положень статті 9 КУпАП визначається лише те діяння, за вчинення якого законом передбачено адміністративну відповідальність. Тобто, можна констатувати той факт, що у випадку коли положеннями закону не встановлено настання адміністративної відповідальності за те чи інше діяння, самостійне довільне визначення суб'єктом правозастосування виду юридичної відповідальності як адміністративної не допускається.

Крім того, положення КУпАП застосовні й до адміністративних правопорушень, відповідальність за вчення яких, передбачена законом, що не включений до КУпАП. У відповідності до цього, згідно положень 13 КУпАП суб'єктом адміністративного правопорушення може бути лише фізична особа, яка досягла 16 річного віку. Окремо підкреслимо, що стаття 27 КУпАП містить положення щодо можливості застосування штрафу до юридичних осіб. Воно було закріплене Законом України від 14.07.2015 р. №596-VIII разом із іншими положеннями, що встановлювали відповідальність юридичних осіб як власників транспортних засобів за правопорушення у сфері дорожнього руху. Потім, у 2017 році законодавець, можливо дослухавшись до думок науковців щодо недоречності запроваджених змін, беручи до уваги структурну побудову КУпАП (статтю 13 особливо), вніс зміни Законом України від 21.12.2017 р №2262– VIII, якими визначив суб'єктом вищенаведеного виду адміністративного правопорушення керівника юридичної особи. Нажаль, за якихось незрозумілих причин, зміни до статті 27 КУпАП не були внесені, що породжує неправильне розуміння складу адміністративного правопорушення та віднесення юридичних осіб до суб'єктів вчинення такого правопорушення, що є помилковим за своєю суттю. Тобто, суб'єктом вчинення правопорушень, за які можливе настання адміністративної відповідальності, можуть бути наразі лише фізичні особи. Разом з тим, відповідно до статті 265 КЗпП України фінансові санкції накладаються також й на юридичних осіб.

Тому, беручи до уваги все вищевикладене, можна стверджувати, що фінансові санкції у вигляді штрафу, за порушення трудового законодавства, що передбачені статтею 265 КЗпП України, не відносяться до (не є мірою) адміністративної відповідальності. Такі фінансові санкції за своєю правовою природою можна вважати заходами державного примусу майнового характеру, які застосовуються Державною службою України з питань праці.

Література

1. Черкасов О.В. Фінансові санкції як захід примусу у трудовому праві. *Право та інновації* №2(26).2019. С.23-28.
2. Чанишева Г. І. Відповідальність роботодавця за трудовим законодавством. *Публічне право*. 2016. N 2. С. 225–232.

3. Кравчук О. О. Нова відповідальність за порушення трудового законодавства непропорційне втручання держави у бізнес. *Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут»*. Політологія. Соціологія. Право: Зб. наук. праць. 2018. No 2. С. 119–127.

4. Рішення Конституційного суду України від 30 травня 2001 N 7-рп/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-01#Text>

К вопросу о классификации административных правоотношений

Борщевская А.Э., к.ю.н.

Частное учреждение образования

«БИП – Университет права и социально-информационных технологий»

Исследование проблемы механизма административно-правового регулирования предполагает в первую очередь определение круга тех общественных отношений, возникающих в данной сфере, т.е. предмета правового регулирования. В теории административного права, в частности, в работе Елистратова А.И. «Основные начала административного права», высказывалась мысль, что «правоотношения, связанные с государственным управлением, как и все другие юридические отношения, устанавливаются между людьми и только между людьми» [1, с. 449]. Именно это позволило говорить о том, что с усложнением общественных отношений можно говорить о многоуровневости и комплексности публичных правоотношений, включающих в себя на одном уровне только людей, а на другом – их коллективы в различных организационных формах [2, с. 9].

В отношении содержания понятия административно-правовых отношений высказывались различные суждения. Под административно-правовыми отношениями понимают: 1) урегулированное нормой административного права общественное отношение управленческого характера, в котором стороны выступают носителями взаимных юридических обязанностей и прав, установленных и обеспеченных указанной нормой [3, с. 58; 4, с. 51]; 2) общественные отношения, урегулированные нормами административного права, субъекты которых наделены правами и обязанностями в сфере обеспечения органами исполнительной власти и органами местного самоуправления реализации и защиты прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц [5, с. 43-44]; 3) урегулированные нормами административного права общественные отношения, которые складываются в сфере деятельности исполнительной власти [6, с. 9; 7, с. 46]; 4) это урегулированное нормами административного права конкретное общественное отношение, с обязательным участием субъекта, наделенного государственно-властными управленческими полномочиями, выраженное в субъективных публичных управленческих правах и обязанностях [2, с. 20].

Таким образом, административные правоотношения – это общественные отношения, урегулированные нормами административного права, однако на сегодняшний день остаётся дискуссионным вопрос относительно сферы (предмета) такого регулирования.

Спектр административно-правовых отношений достаточно широк. В научной литературе предлагается несколько классификаций административно-правовых отношений в зависимости от выбранного учеными основания. Чаще всего такими основаниями выступают выполняемые функции, отраслевая принадлежность или содержание, административно-правовой статус субъектов, участвующих в правоотношениях и характер их взаимодействия.

Рассматривая административно-правовые отношения как обязательный элемент в структуре механизма административно-правового регулирования следует обратить внимание на их функциональную роль. Впервые обратил внимание на три основные функции правоотношений в механизме правового регулирования Алексеев А.А., который связал их с основными тремя видами правоотношений: общерегулятивными, конкретнорегулятивными и охранительными, каждое из которых соответствует одной из функций [8, с. 139-140].

По такому комбинированному основанию, как тип субъекта и характер связи между субъектами, выделяют: 1) властные (вертикальные) административные правоотношения между соподчиненными субъектами (субординационные); 2) властные (вертикальные) между несоподчиненными субъектами (реординационные); 3) властные горизонтальные (диспозитивные), где оба субъекта имеют властвующий статус (координационные) [2, с. 168; 9, с. 401].

Субординационные административные правоотношения возникают и существуют на основании властных полномочий и организационной подчиненности и позволяют одному субъекту принимать обязательные для исполнения другим субъектом нормативные акты и осуществлять в отношении него контрольно-распорядительную деятельность.

Реординационные административно-правовые отношения характеризуются наличием обратной связи между управляемым и управляющим субъектами. Такая связь, как правило, возникает во время выполнения подконтрольными субъектами определенных возложенных на них задач и выражается в праве управляемого требовать от субъекта управления определенных разъяснений, уточнений, материально-технического обеспечения.

Координационные отношения выражаются в том, что неподчиненные друг другу субъекты вступают в административно-правовые отношения с целью достижения определенных общественно полезных целей и решения тактических задач.

По специфике системы регулирующих общественное отношение в сфере государственного управления норм права выделяются: 1) регулятивные административные правоотношения; 2) административно-деликтные правоотношения; 3) комплексные материально-процессуальные административные правоотношения [2, с. 168-169].

Также выделяют материальные и процессуальные административные отношения. Такое разделение вытекает из содержания правоотношений. Материальные правоотношения – это отношения пассивного типа. Через них выражается статическая функция права. Такие отношения складываются на основе уполномочивающих и запрещающих норм административного права, т. е. норм материальных. Отношения такого типа могут длительное время оставаться «неподвижными», статичными. Так, отношения между гражданином, получившим право на льготы, и органом публичной власти, предоставляющим такие льготы, будут находиться в статическом состоянии (оставаться материальными) до тех пор, пока гражданин не сочтет нужным реализовать данное право [10, с. 14; 11, с. 30].

Административно-процессуальные отношения следует рассматривать как такие регулируемые правом отношения, которые складываются в связи с разрешением индивидуальных дел в сфере публичного управления.

Административные процессуальные отношения можно разделить на виды в зависимости от их содержания, характера и цели, уровня связей между сторонами и прочими основаниями.

По содержанию административные процессуальные отношения делятся на процедурные, судебные и деликтные.

Процедурные (управленческие) правоотношения возникают в случае рассмотрения и решения административного дела по вопросам обеспечения и удовлетворения прав и законных интересов физических и юридических лиц (выдача разрешений, регистрация деятельности, регистрация транспортных средств, оружия), предоставления административных услуг и тому подобное.

Судебные административные процессуальные отношения характеризуются тем, что они возникают в случае необходимости защиты прав, свобод и интересов граждан, прав и интересов юридических лиц в сфере публично-правовых отношений от нарушений со стороны органов государственной власти, местного самоуправления, их должностных лиц. Судебные административные процессуальные отношения возникают с представлением в суд иска и возбуждением судопроизводства.

Деликтные административные процессуальные отношения возникают в случае рассмотрения и разрешения дела о привлечении лица к административной ответственности, наложении административных взысканий, а также применении других мер

административного принуждения. Например, ограничение или остановка деятельности субъекта хозяйствования; применение антидемпинговых мер и тому подобное [12, с. 76].

Профессором Колпаковым В.К. предлагается классификация административно-правовых отношений по сфере возникновения, которая отражает структуру административного права: 1) отношения публичного управления; 2) отношения административных услуг; 3) отношения ответственности публичной администрации за неправомерные действия или бездействие; 4) отношения ответственности за нарушения установленного порядка и правил [13, с. 103].

Отношения публичного управления возникают в ходе осуществления публичной администрацией управленческой деятельности. Эти отношения характеризуются взаимодействием субъекта и объекта управления через управленческое воздействие и обратные связи. Публичное управление состоит из: 1) государственного управления; 2) самоуправления; 3) общественного управления.

Отношения административных услуг возникают в связи с обращением физических, юридических либо других коллективных лиц к носителям властных полномочий для реализации своих прав, свобод и законных интересов путем принятия публичным органом соответствующего властного решения. Они также называются реординационными отношениями (см. выше) или «сервисными» отношениями, отношениями публичных услуг.

Отношения ответственности публичной администрации за неправомерные действия или бездействие возникают в двух случаях: 1) в связи с наличием публичного правового спора в отношении правомерности в использовании властных полномочий публичной администрации и 2) в связи с административным обжалованием действий публичной администрации в отношении использования властных полномочий.

В первом случае они реализуются путем судебного обжалования, во втором случае – путем административного (несудебного) обжалования.

Отношения ответственности субъектов общества (индивидуальных и коллективных) за нарушения установленных административными органами публичных порядков и правил, возникают в случае выявления таких деяний. Они объективируются путем возбуждения соответствующих производств, установлением виновных и применением к ним мер воздействия.

Следует также при анализе административных правоотношений обратить внимание и на отношения административно-договорного характера, имеющих форму разного рода соглашений и характеризующихся отсутствием юридически властных велений одной стороны и обязанностей для другой.

Таким образом, классификация административных правоотношений является необходимым этапом научного исследования правоотношений как элемента механизма административно-правового регулирования.

Подводя итоги, можно сделать вывод, что административно-правовые отношения трансформируются и эволюционируют. Основным вектором такой трансформации является формирование правового равенства и партнерства между субъектами публичной власти и гражданами.

Литература

1. Российское полицейское (административное) право : Конец XIX – начало XX века : хрестоматия / сост. и вступит. ст. Ю.Н. Старилова. Воронеж : Издательство Воронежского государственного университета, 1999. 624 с.
2. Лупарев Е. Б. Административное право: в 10 т. Т. 2 : Административные правоотношения. М. : Издательство НП «Евразийская академия административных наук», 2013. 232 с.
3. Забелов С.М., Забелов П.С. Административное право : Курс лекций. Мн. : Академия управления при Президенте Республики Беларусь, 2003. 324 с.
4. Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации : учебник / под ред. А.П. Алехина. М. : Зерцало-М, 2003. 608 с.

5. Коломоець Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник. К. : Юрінком Інтер, 2011. 576 с.
6. Голосніченко І. П. Адміністративне право України (основні категорії і поняття). К. : МАУП, 1998. 52 с.
7. Бахрах Д.Н., Хазанов С.Д., Демин А.В. Административное право России : учебник. М. : Норма-Инфра-М, 2002. 623 с.
8. Алексеев, С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М. : Юрид. лит., 1966. 187 с.
9. Фролов, Ю.М. Класифікація адміністративно-правових відносин за участю фінансових компаній. *Форум права*. 2014. № 3. С. 400-404. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/FP_index.htm_2014_3_67.pdf.
10. Сорокин, В.Д. Административный процесс и административно-процессуальное право. С.-Пб.: Изд-во С.-Петербург. юрид. ин-та, 2002. 474 с.
11. Административно-процессуальное право России / И.В. Панова; под ред. Э. Н. Ренова. Москва : Изд-во Норма, 2003. 271 с.
12. Демський Е.Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посіб. К. : Юрінком Інтер, 2008. 496 с.
13. Колпаков В.К. Адміністративно-правові відносини: поняття та види/*Юридичний науковий електронний журнал*. 2013. № 1. С. 101-104. URL: lsej.org.ua/1_2013/ukr/Kolpakov.pdf.

Інвайронметалізація (екологізація) як пріоритетна тенденція розвитку сучасного конституційного права

*Верлос Н.В., к.ю.н., доцентка
Запорізький національний університет*

Сучасний розвиток конституційного права в умовах міждержавної політико-правової взаємодії, трансформації суспільних відносин, динамічного процесу реформування та конституційно-правової модернізації обумовлюється рядом соціально-економічних, політичних, духовно-культурних, ідеологічних, екологічних, інформаційних, географічних факторів, що вимагають зміни парадигми конституціоналізму, а також оновлення інституційної матриці функціонування конституційного механізму публічної влади.

Одним з пріоритетних векторів розвитку конституційного права пов'язаний із інвайронменталізацією (екологізацією) конституційного права. Інвайронменталізм «environmental» – поняття, взяте з англійської мови, що означає: «що відноситься до навколишнього середовища, обстановці, оточенню, екзогенний (як спеціальний термін)» [1, с. 61-62].

Взаємодія суспільства і довкілля – центральна ідея американського інвайронменталізму. У ньому виділяються три течії: консерваціонізм, екологізм і біоцентризм. Інвайроменталізм знайшов свій вияв у філософії, соціології, правознавстві, політекономії, етиці, а також у ряді соціальних рухів, спрямованих на поліпшення якості середовища проживання [2, с. 37].

Вчений-еколог Н.Ф. Реймерс визначає термін «інвайронментологія» або «енвіроніка», як «середовищелогію», охорону навколишнього середовища [3, с. 13]. О.Н. Яницький у дослідженні «Інвайронменталізм – ідеологія майбутнього?» розмірковує про інвайронменталізм як про нову екологічну парадигму [4]. Інвайронменталізм або інвайронментологія переважно є науково-дослідною сферою екології, яка прагне до об'єктивного дослідження і пояснення емпіричного (історичного) факту, події, явища, ситуації в їх взаємозв'язку з навколишнім середовищем.

З філософської точки зору Лю Чжэн досліджує феномен «екорозумної цивілізації» і вважає, що сьогодні свобода природокористування обмежується моральними, правовими

нормами та природними законами розвитку життя на Землі. Ігнорування їх веде до деградації природи і людини, наростання соціально-економічних труднощів, а в кінцевому рахунку – до загибелі людства і живої природи. Пошук шляхів подальшого суспільного розвитку в даний час пов'язаний з науковим обґрунтуванням його нової концепції [5, с. 139].

Природні системи піддаються різним антропогенним впливам. Збільшення викидів в атмосферу призводить до концентрації хімічних речовин; при обмеженій здатності до самоочищення відбувається випадання «кислотних дощів», виникає парниковий ефект. Механічні порушення: ядерні вибухи, запуски ракет тощо. виснажують озоновий шар, що впливає на підвищення рівня ультрафіолетового випромінювання. Забруднення повітря також пов'язано зі спалюванням примітивних видів палива. Як локальні (зміна мезоклімату мегаполісів), так і глобальні кліматичні зміни безпосередньо пов'язані із забрудненням атмосфери. Потепління веде до підвищення рівня Світового океану за рахунок танення льодовиків і впливає на океанські течії, які, у свою чергу, формують вигляд прибережних територій [6].

Світова спільнота поступово замислюється над необхідністю збереження навколишнього середовища, а тому на міжнародному рівні було прийнято ряд декларацій: Декларація Ріо про навколишнє середовище та розвиток (1992) [7], Конвенція про біологічне різноманіття ООН (1992) [8], Рамкова конвенція ООН про зміну клімату (1992) [9], Декларація етичних принципів щодо зміни клімату (2017) [10] та ін. У 1998 році приймається Кіотський протокол (додатковий документ до Рамкової конвенції ООН) зі змін клімату, відповідно до якого сторони прагнуть звести до мінімуму несприятливі наслідки кліматичних змін, вплив на міжнародну торгівлю та соціальні, екологічні та економічні наслідки [11]. Його ратифікувала 191 країна (окрім США). Україною він був підписаний у 1999 р., а ратифікований у 2004 р. Проте до сьогодення більшість держав так і не виконують взяті на себе зобов'язання, а тому проблеми рецепції інвайронментальної (екологічної) пріоритетизації в конституційному праві наразі є актуальними проблемами сьогодення.

На доктринальному рівні тенденція екологізації конституційного права постійно обговорюється і активно дискутується. Зокрема, вітчизняний вчений О.В. Батанов зазначає, що кожна людина стикається з природою та оточуючим середовищем у процесі своєї життєдіяльності, виступаючи при цьому в різних іпостасях – як житель міста або іншого населеного пункту, як працівник або посадова особа, як громадянин держави або член всього світового співтовариства. Як показують дослідження Всесвітньої організації охорони здоров'я, стан здоров'я людей на 80 відсотків залежить від довкілля. Тому діяльність держави щодо його охорони, забезпечення екологічної безпеки набуває важливого значення [12, с. 37].

Саме тому екологічні загрози, які наразі набувають глобального масштабу, актуалізують необхідність зміни парадигми транснаціонального конституціоналізму з орієнтацією на інвайронментальний вектор розвитку або навіть виокремлення окремої сфери його розвитку – «транснаціонального еко-конституціоналізму».

Більшість сучасних держав на конституційному рівні закріплюють обов'язок зберігати природу та навколишнє середовище, дбайливо ставитися до природних багатств. Так, Конституція Литовської Республіки (1992 р.) встановлює, що держава дбає про охорону природного середовища, тваринного та рослинного світу, окремих природних об'єктів та місцевостей, які представляють особливу цінність. Відповідно до Конституції Португалії (1976 р.) закріплюється, що усі мають право жити у людському здоровому середовищі, в умовах екологічної рівноваги та зобов'язані захищати це середовище.

Конституція України також проголошує, що забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи – катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави (ст. 16). Проте як у вітчизняній, так і в зарубіжній практиці конституційного будівництва ці права залишаються задекларованими, але

нереалізованими повною мірою.

Проте в конституціях так званого «нового покоління», розроблених з урахуванням сучасних міжнародних стандартів конституційного будівництва за умови збереження національних традицій, особлива увага приділяється цільовим конституційним настановам інвайронментальної спрямованості, відповідно до яких планується будувати нову форму суспільного співіснування в гармонії з природою. Зокрема, у Конституції Еквадору 2008 р. [13], у ст. 14 визнається право населення на здорове та екологічно збалансоване середовище, яке гарантує стійкість та гідний спосіб життя, який вони називають «sumak kawsay». У Конституції Республіки Фіджі [14] закріплюється право на достатню кількість їжі та води (ст. 36); на житло та санітарію (ст. 35), при цьому на державу покладається обов'язок вжити розумних заходів у межах наявних ресурсів для досягнення поступової реалізації права кожної людини.

Отже, інвайронменталізація (екологізація) конституційного права передбачає необхідність оновлення конституційної доктрини та практики конституціоналізму в напрямку збереження навколишнього середовища, запровадження розвитку екологічних енергетичних ресурсів, розширення каталогу прав людини (право на питну воду, право на сонячне світло (інсоляцію), на безпечні харчові продукти тощо).

Література

1. Алмаев Г.Н. Экологический ситуационизм. *Ситуационные исследования*. Вып. 2. Казань, 2006. С. 61–62.
2. Лю Чжэн. Феномен экоразумной цивилизации в контексте глобальных процессов современности: социально-философский анализ: дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.11. Краснодар, 2014. С. 137.
3. Реймерс Н. Ф. Экология (теории, законы, правила, принципы и гипотезы). М., 1994. С. 13.
4. Яницкий О.Н. Инвайронментализм – идеология будущего? *Наука в России*. № 2, 1994. С. 82–88.
5. Лю Чжэн. Феномен экоразумной цивилизации в контексте глобальных процессов современности: социально-философский анализ: дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.11. Краснодар, 2014. С. 139.
6. Rio declaration on environment and development 1992. URL: [https://undocs.org/en/A/CONF.151/26/Rev.1\(vol.I\)](https://undocs.org/en/A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I))
7. Convention on Biological Diversity United Nations 1992. URL: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>
8. United nations framework convention on climate change 1992. URL: https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf
9. Declaration of Ethical Principles in relation to Climate Change (2017). URL: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260129>
10. Kyoto protocol to the united nations framework convention on climate change 1998. URL: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>
11. Про ратифікацію Кіотського протоколу до Рамкової Конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату: Закон України від 04.02.2004 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1430-15#Text>
12. Батанов О.В. Конституційне право у сучасному світі: основні напрями та форми розвитку. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2003. № 7. С. 37.
13. Constitution of the republic of Ecuador Published in the Official Registe 20 October 2008. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>
14. Constitution of the Republic of Fiji 06.09.2013. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fj/fj013en.pdf>

Нормативний акт як інструмент діяльності публічної адміністрації у соціальній сфері

*Галіцина Н.В., д.ю.н., професорка
Запорізький національний університет*

Ідея права як інструмента не є новою. Без врахування інструментів у правовому механізмі неможливо ні впорядкувати суспільні відносини в межах конкретної галузі права залежно від їхнього інституціонального характеру, ні забезпечити фундамент для належного, ефективного та справедливого функціонального забезпечення реалізації конкретного правового механізму.

Узагальнено інструмент публічного адміністрування може бути визначений як зовнішній вираз однорідних за своїм характером і правовою природою груп адміністративних дій суб'єктів публічної адміністрації, реалізований у межах суворой відповідності визначеної законом компетенції з метою досягнення бажаного для публічного адміністрування результату та характеризується такими ознаками: а) є зовнішнім виразом форми адміністративної діяльності публічної адміністрації; б) відображає правову динаміку публічного адміністрування; в) залежить від змісту компетенцій суб'єктів публічної адміністрації; г) зумовлений реалізацією адміністративних обов'язків суб'єктів публічної адміністрації; д) його вибір зумовлюється специфікою поставленої мети щодо певного об'єкта публічного впливу, що встановлює найбільш ефективний варіант діяльності [1, с. 143-144].

Одним із інструментів публічної адміністрації є нормативний акт, під яким у правовій доктрині розуміється прийнятий уповноваженим державним чи іншим органом у межах його компетенції офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, носить загальний чи локальний характер та застосовується неодноразово [2]; вид юридичного акта, який видано уповноваженим суб'єктом та який містить у собі норму (норми) адміністративного права [3, с. 253]; юридичний акт суб'єктів публічної адміністрації, що встановлює, змінює чи скасовує норми права – загальнообов'язкові правила поведінки, що встановлюються та охороняються державою [4, с. 379]; офіційний письмовий документ, який приймається уповноваженим органом, встановлює, змінює або скасовує норми права [5, с. 20].

У зв'язку з цим ми, як мінімум, не можемо погодитися з тим, що в галузі соціального захисту нормативні акти як інструменти діяльності публічної адміністрації є саме документами. Ми вважаємо, що документ є лише формою відображення тієї інформації, яка в ньому міститься, але це ніяк не визначальна сутнісна характеристика акта, в якому закладено конкретні правові положення. При цьому навряд чи темпоральні та просторові характеристики нормативного акта потрібні для визначення його сутності. До того ж, якщо в дефініції нормативного акта вже міститься ознака офіційного характеру, то не треба згадувати про те, що він видається уповноваженими державними чи іншими органами (і навпаки). Водночас потрібно визначитися з тим, чи лише офіційними можуть бути нормативні акти в межах реалізації концепції соціальної держави. На думку Є.С. Герасименка, нормативний акт може встановлювати, змінювати або припиняти норми як правові, так і корпоративні, релігійні, технічні тощо [4, с. 379-380]. Такий підхід має вагоме значення для галузі соціального захисту, оскільки корпоративні та технічні норми тут нерідко застосовуються. Тому ми схилиємося до думки, що під нормативним актом як інструментом діяльності публічної адміністрації у соціальній сфері необхідно розуміти виданий уповноваженим суб'єктом юридичний акт, у якому закріплено норми адміністративного права, які регламентують відносини в соціальній сфері між публічною адміністрацією та іншими суб'єктами, які мають публічний інтерес у цій сфері.

Від себе ж додамо, що всім і кожному, хто цікавиться проблематикою інструментів, добро відомо, що ці види юридичних актів традиційно відносили до джерел права. Водночас нещодавно почали з'являтися тенденції до характеристики суто регуляторної та інструментальної природи актів суб'єктів публічної адміністрації. Розрізнявальним

критерієм у такому сенсі є відсоток правових норм загальнообов'язкового значення, які містяться в конкретному акті. При цьому Р.С. Мельник звертає увагу на таку закономірність: чим нижче розташований суб'єкт публічної адміністрації в адміністративній ієрархії, тим більше виданий ним нормативний акт нагадує інструмент діяльності. Натомість акти суб'єктів публічної адміністрації загальнодержавного рівня являють собою насамперед джерела адміністративного права [3, с. 253]. У зв'язку з цим доцільно сформулювати такі особливості нормативних актів як інструменту діяльності публічної адміністрації у соціальній сфері: загальні формальні параметри, пов'язані з інституційно-процедурними аспектами (компетенція, порядок, форма і т.п.); спеціальні матеріальні параметри (публічність; адресність; юридична обґрунтованість і значущість; нормативність; односторонність; підзаконність; недискримінаційний характер). На основі цих характеристик у ракурсі непоширення категорії офіційності на ці акти їх можна відокремити від нормативно-правових актів як джерел адміністративного права.

З приводу цієї позиції зазначимо, що для нашої держави нормативні акти як інструменти забезпечення реалізації концепції соціальної держави мали об'єктно орієнтовану спрямованість. Так, за радянських часів на підзаконному рівні регламентувалися питання соціального захисту за напрямом пенсійного забезпечення, соціального страхування і т.п., а в умовах незалежної України аналогічне правове регулювання перейшло на вищий щабель – на законодавчий рівень, тим самим створюючи правовий базис для надання державної соціальної допомоги, соціального захисту, здійснення загальнодержавного соціального страхування тощо. Разом із тим ні така радянська на підзаконному рівні, ні українська на законодавчому рівні практика вже не відповідає європейським стандартам (уніфікація соціальної політики, яка вийшла на наднаціональний рівень, гармонізація та стандартизація на національному рівні, інноваційне публічне управління в соціальній сфері). Погоджуємося з тими дослідниками, на думку яких соціальна політика Європейського Союзу якщо спочатку й була націлена на соціальний захист населення, то з часом приймалися нормативні акти, що формували основи ефективності і продуктивності соціальної політики як для трудящих, так і для працедавців [6]. По суті, для Європейського Союзу характерною практикою є створення наднаціонального уніфікованого простору соціального захисту на базі соціального партнерства та залучення інвестицій.

В якості прикладу тут можна навести Стратегію «Європа 2020», що містить три основних стратегічних цілі: розумне зростання, стійке зростання та інклюзивне зростання з урахуванням (флагманських ініціатив), таких як молодь в русі; Європа ефективного використання ресурсів (у тому числі трудових); порядок дня для нових навичок та робочих місць; європейська платформа боротьби з бідністю [7]. Відтак, у Європі нормативні акти як інструменти соціальної політики орієнтуються на телеологічні характеристики здійснення соціального розвитку з урахуванням фундаментальних характеристик, що стосуються забезпечення належного рівня умов праці, соціального захисту незабезпечених чи малозабезпечених верств населення, розподілу та перерозподілу ресурсів. Саме це – орієнтири для формування підґрунтя на рівні вторинного наднаціонального та національного соціального законодавства, відповідна система органів публічної адміністрації та конкретний перелік дій з реалізації положень, закладених у вказаному правовому інструменті. При цьому потрібно звернути увагу на той факт, що цей інструмент створює абсолютно нову правову рамку соціального захисту, оскільки Стратегія «Європа 2020» не спирається на попередні стратегії (про них відсутня згадка [7]). Тому з огляду на взятий нашою країною курс євроінтеграції потрібно модернізувати нормативні акти як інструменти при наданні соціального захисту згідно з сучасним світовим досвідом. Відтак, спираючись на те, що в Україні існує багато підзаконних та законодавчих актів, які регламентують питання соціального захисту та надання соціальної допомоги, соціальних послуг, а в ЄС вищим є рівень наднаціонального уніфікованого правового регулювання, то треба: по-перше, звужувати у нас підзаконне регулювання, тобто, зменшувати обсяги нормативних актів суб'єктів публічної адміністрації у цій сфері; по-друге, вийти на рівень кодексів. Так, у

Соціальному кодексі України необхідно сформулювати єдині соціальні підходи та стандарти, які узгоджуються з нормативними актами первинного та вторинного права Європейського Союзу.

Література

1. Колпаков В. К. Адміністративне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 458 с.
2. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів : роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України від 26 січня 2000 р. № 02-5/35 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v5_35800-00.
3. Мельник Р. С., Бевзенко В. М. Загальне адміністративне право : навч. посіб. / за заг. ред. Р. С. Мельника. К. : Ваіте, 2014. 376 с.
4. Загальне адміністративне право : підруч. / І. С. Гриценко, Р. С. Мельник, А. А. Пухтецька та ін. ; за заг. ред. І. С. Гриценка. К. : Юрінком Інтер, 2015. 568 с.
5. Сучасна правова енциклопедія / О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Оніщенко ; за заг. ред. О. М. Зайчук. К. : Юрінком Інтер, 2010. 384 с.
6. Кашкин Ю. С. Трудовое право Европейского Союза. М. : Волтерс Клувер, 2009. 304 с.
7. Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Communication from the Comission / European Comission. Brussels, 3.3.2010. 32 p.

Юридичний обов'язок громадян України піклуватись про своє здоров'я: теоретико-правові аспекти

Гамбург Л.С., к.ю.н., доцент

Запорізький державний медичний університет

Відповідно до ст. 3 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 року № 2801-ХІІ (Далі – «Основи») дефініція правового поняття «здоров'я» визначається як «стан повного фізичного, психічного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних вад». З цього випливає, що основою благополучного стану здоров'я виступає нормальна біологічна життєдіяльність людського організму, без структурно-функціональних психічних, фізичних, анатомічних вад, порушень і відхилень, що обумовлює його несхильність до болючих аномалій або реальні можливості їх успішного подолання. Подібна основа є необхідною умовою наповнення змісту поняття людського здоров'я досягненням соціально-психологічної задоволеності індивіда як суб'єкта суспільних відносин і носія всієї їхньої культурної сукупності у зв'язку із забезпеченням повного фізичного, психічного та соціального благополуччя.

Сенс поняття життєдіяльності в зазначеній статті Основ, при застосуванні до її законодавчого формулювання розширювального тлумачення, полягає в здатності людського організму до індивідуального та громадського життя способами і в межах, звичайних для людини.

У ст. 5 Основ громадяни названі серед інших учасників громадської діяльності з охорони здоров'я – державних, громадських або інших органів, підприємств, установ, організацій, посадових осіб – зобов'язаних забезпечити пріоритетність охорони здоров'я у власній діяльності. Серед обов'язків громадян України у сфері охорони здоров'я, перерахованих в ст. 10 Основ, у п. а) першим закріплено вимогу піклуватись про своє здоров'я. Аналогічна вимога до громадян міститься в ч. 1 ст. 5 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 року № 4004-ХІІ.

Наведені медико-правові приписи українського законодавства свідчать про те, що конституційне положення ст. 49 Конституції України про право кожного на охорону здоров'я,

медичну допомогу та медичне страхування, що забезпечуються державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм, а також створенням умов для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування, надання їм безкоштовної медичної допомоги в державних і комунальних закладах охорони здоров'я, турботою про розвиток фізичної культури і спорту, забезпеченням санітарно-епідемічного благополуччя населення взаємопов'язане з передбаченим законами обов'язком цих же громадян дбати про своє здоров'я.

Тому необхідно з'ясувати сенс і зміст юридичного обов'язку піклуватися про власне здоров'я як суспільне надбання у взаємозв'язку з кореспондуючим йому правом суспільства і держави на реалізацію публічних інтересів з підтримки належного рівня громадського здоров'я, а також – особливості державного забезпечення виконання цього обов'язку за допомогою юридичної відповідальності, передбаченої санкціями галузевих казуальних охоронних норм, які конкретизують положення абстрактних норм і засновані на моральній відповідальності (моральному борзі).

Нормативно-правовими джерелами, що регулюють юридичний обов'язок громадян України піклуватися про своє здоров'я і забезпечувати пріоритетність охорони здоров'я у власній діяльності, є Конституція України (ст. 3, 49), Кодекс законів про працю України, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Кримінальний кодекс України; закони України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», «Про захист населення від інфекційних хвороб»; постанова Кабінету Міністрів України від 6 листопада 1997 р № 1238 «Про обов'язковий профілактичний наркологічний огляд і порядок його проведення», наказ Міністерства охорони здоров'я України від 16 вересня 2011 № 595 «Про порядок проведення профілактичних щеплень в Україні та контроль якості й обігу медичних імунобіологічних препаратів» в редакції наказу Міністерства охорони здоров'я України від 11 серпня 2014 року № 551 «Про удосконалення проведення профілактичних щеплень в Україні» та ін.

Подібний обов'язок відповідає положенням ч. 2 ст. 11 Європейської Соціальної Хартії, спочатку прийнятої у формі конвенції Ради Європи в 1961 р з набуттям юридичної сили в 1965 р, а в подальшому переглянутої 3 травня 1996 року в Страсбурзі, що закріплює основні соціальні права людини. Зазначена стаття Хартії містить міжнародно-правову норму про право на охорону здоров'я. Для забезпечення ефективного здійснення цього права держави – учасники цієї конвенції, включаючи Україну, взяли на себе зобов'язання «прийняти, самостійно або у співробітництві з громадськими чи приватними організаціями, відповідні заходи, спрямовані, зокрема, на надання послуг консультативного та просвітницького характеру, спрямованих на зміцнення здоров'я та заохочення особистої відповідальності за своє здоров'я».

Взаємозв'язок юридичних прав і обов'язків громадян України з охорони здоров'я об'єктивно зумовлений діалектичною єдністю можливої та необхідної поведінки, за якої необхідні вимоги до зобов'язаного суб'єкта про забезпечення правомірних інтересів правомочного спрямовані на матеріалізацію реальних можливостей останнього. Тим самим правомочності дії, вимоги та претензії, що утворюють структуру суб'єктивного права, кореспондують відповідному юридичному обов'язку, що включає повинності не перешкоджати реалізації права і сприяти їй шляхом добровільного сумлінного виконання необхідних вимог активного чи пасивного характеру, або примусового їх виконання у зв'язку із законним розпорядженням компетентного правоохоронного або судового органу держави.

Юридичний обов'язок як вид і міра необхідної поведінки зобов'язаної особи, відповідаючи суб'єктивному праву уповноваженої особи, забезпечує його здійснення. Вид поведінки вказує на те, що і яку належну поведінку містить юридичний обов'язок, а міра – на межі (границі) реалізації цієї поведінки. При цьому інтерес правомочного суб'єкта утворює передумову і намічає мету встановлення обов'язку зобов'язаного, проте не входить саме в її зміст [1, с. 108-109]. Але встановлення обов'язку неможливо без кореспондуючого йому

права і поза правовідношення, оскільки за відсутності правомочного суб'єкта з його правом сенс обов'язку втрачається, а юридична відповідальність за його невиконання або неналежне виконання виявляється безпідставною, що суперечить принципу законності. Тому юридичний обов'язок можливий лише у парній єдності із суб'єктивним правом і може реалізуватися тільки в правовідношенні [1, с. 111]. Це твердження поширюється і на пасивні обов'язки, що реалізуються в абсолютних правовідносинах.

Особливості юридичних обов'язків полягають у їх спрямованості на охорону, захист і розвиток основ суспільного буття, необхідних людині як біосоціальній істоті та суспільству в цілому для реалізації індивідуальних, групових і загальних інтересів, а також забезпечення суспільного прогресу; загальному характері – поширенні на всіх осіб незалежно від їх правового статусу; опорі на соціальні морально-етичні норми при правовому закріпленні та вираженні в законодавстві з набуттям загальнообов'язковості. Обов'язки обумовлені фактичним соціальним буттям людини і гарантують стійкість функціонування суспільного організму, створюючи важливу частину соціального та юридичного механізму рівноваги між особистою (індивідуальною) та колективною формами організації суспільства.

Найважливішими характеристиками юридичного обов'язку є безумовна категоричність (владний імператив – слідувати вказаній поведінці в одному варіанті), забезпеченість заходами державного примусу, формальна визначеність.

При виконанні й дотриманні юридичних обов'язків реалізуються загальносоціальні та спеціально-юридичні функції. В єдності із суб'єктивними правами вони встановлюють межі дозволеної поведінки, визначаючи міру свободи особистості й виступаючи її гарантією, забезпечуючи законність і правопорядок як умови стійкості суспільних відносин; впорядковують і регулюють виробництво та розподіл матеріальних і духовних благ відповідно зумовленої суспільним ладом міри справедливості, висловлюючи її в законі на рівні вищої справедливості; попереджають зловживання правами і служать критеріями правомірної/неправомірної поведінки.

Природа юридичного обов'язку включає соціально обумовлену та гарантовану необхідну можливість у поведінці особистості, визначену нормами об'єктивного права, з метою задоволення як власних, так і громадських, корпоративних та інших потреб та інтересів на основі їх єдності й поєднання, використовуючи для цього відповідні блага і цінності. Розуміння обов'язку через реальну можливість пояснюється потребою в умовах, необхідних і достатніх для його виконання [2, с. 248-249, 253-254].

Для виконання юридичного обов'язку громадян дбати про власне здоров'я такі умови передбачені конституційними гарантіями права на охорону здоров'я, розгорнуто вираженими в законах з механізмами їх реалізації, передбаченими в підзаконних актах. При цьому, одним з основоположних у біоетиці й основним імперативом медичного права є принцип автономії пацієнта [3, с. 226], закріплений українським законодавством, насамперед, на конституційному рівні в ст. 3, 28, 32, 49 Конституції України. Відповідно до ст. 6 Основ кожен громадянин України має право на кваліфіковану медичну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря, вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій і закладу охорони здоров'я; достовірну і своєчасну інформацію про стан свого здоров'я і здоров'я населення, включаючи існуючі та можливі фактори ризику та їх ступінь.

Однак при цьому смислові значення охорони здоров'я в розуміннях суб'єктивного юридичного права і суб'єктивного юридичного обов'язку не стають ідентичними, оскільки вони протилежні за змістом, спрямованістю, цілям, наслідкам і результатам реалізації. Якщо цілеспрямованість правочинів, що утворюють зміст права на охорону здоров'я, полягає в задоволенні індивідуальної потреби у здоровому стані особистості, то зміст обов'язку піклуватися про своє здоров'я направлений на максимально можливе підвищення рівня громадського здоров'я та реалізацію публічного інтересу (з одночасним здійсненням присутніх тут приватних інтересів конкретних осіб). Суб'єктивна природа права на охорону здоров'я передбачає свободу вибору при його використанні, а юридичний обов'язок піклуватися про своє здоров'я встановлює вимоги необхідної поведінки, забезпечені

юридичною відповідальністю, імпліцитно передбаченої в цілому і конкретизованої в санкціях деяких казуальних охоронних норм різної галузевої приналежності.

Розгляд суб'єктивних юридичних прав і обов'язків у «злитому» стані веде до поглинання обов'язку правом або, навпаки, створюючи викривлене уявлення «зливої» дії, породжену хибним розумінням їх взаємозв'язків, а також вадами юридичної техніки при закріпленні в нормативно-правових актах.

Юридичний обов'язок громадян України піклуватися про своє здоров'я формально не є конституційним, оскільки закріплений в інших законах, але є однією з тих особливих життєво важливих соціальних цінностей, що фактично знаходять конституційне значення. До того ж, Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» є тим базовим законодавчим актом, що встановлює фундаментальні засади правової регламентації та регулювання правовідносин у сфері охорони здоров'я, тому його нерідко називають «медичною конституцією України». Обґрунтування особливої соціальної цінності персонального юридичного обов'язку з охорони власного здоров'я полягає в тому, що згідно зі ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

Така конституційна оцінка здоров'я ґрунтується на розумінні значення стану індивідуального здоров'я, від якого залежить стан громадського здоров'я, що визначає всебічний розвиток і вдосконалення особистості одним із стратегічних напрямків суспільного розвитку. Тому індивідуальне здоров'я є загальним надбанням і його охорона кожним громадянином перетворюється в одну з його найважливіших морально-етичних обов'язків, що отримав закріплення в законі із відповідною приналежністю до предмету публічно-правового регулювання з похідним забезпеченням приватних інтересів індивідів.

Література

1. Иванов Э. И. Понятие юридической обязанности. *Марийский юридический вестник*. 2012. Выпуск 9. С. 108-112.
2. Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. Москва: Норма, 2008. 448 с.
3. Аніщенко М. А. Принцип автономії пацієнта: проблеми правової регламентації в Україні. *Актуальні питання фармацевтичної і медичної науки та практики*. 2018. Т. 11. № 2 (27). С. 225-229.

К вопросу о криминалистической характеристике и криминалистической модели преступлений

*Георгицэ М.Ф., д.ю.н., профессор
Государственный Университет Молдовы*

Известно, что около тридцати лет ведутся исследования и различными учеными разрабатывается криминалистическая характеристика преступлений [1]. Относительно данной научной категории, к сожалению, еще нет более или менее однообразного подхода или точки зрения. Сегодня можно и нужно сказать, что достигнутые в этом направлении результаты значительными не назовешь, хотя ряд авторов учебников по криминалистике или отдельных монографий изложили свое видение относительно рассматриваемой научной категории, но оно, пока что, на наш взгляд, остается не совсем понятной для многих представителей науки и тем более для практиков или студентов. Во многих изданных учебниках по криминалистике, известные и уважаемые криминалисты, в разделе методика расследования отдельных видов преступлений, обозначив в качестве первого параграфа соответствующих глав проблему криминалистической характеристики того или иного преступления, на самом деле ее не представляют конкретно, по ее элементам, применительно к конкретному виду преступления, а привели лишь какие-то общие сведения преступного характера [2].

Многие ученые-криминалисты указанной научной категорией обозначают различные уровни и различные объекты исследования. Например, высказаны мнения об отнесении термина «криминалистическая характеристика» к системе сведений о признаках конкретного преступления, к системе сведений о криминалистических признаках видов или групп преступлений, а также к системе сведений о признаках преступлений вообще. Подобная трактовка, по нашему мнению, не может считаться приемлемой. Такое широкое толкование криминалистической характеристики преступлений приводит к тому, что по сути дела теряются границы этой категории, и она приобретает всеобъемлющий и расплывчатый характер.

Криминалистическая характеристика видов преступлений представлена, по нашему мнению, лишь в курсе лекций по криминалистике Н.Г. Шурухновым. Здесь автор в соответствующем разделе, для каждого вида преступлений, выделил конкретные элементы криминалистической характеристики и описал их, ориентирував таким образом студентов и практиков на что уделить внимание при расследовании того или иного вида преступлений [3].

Отмеченный выше неадекватный подход в определении и назначении криминалистической характеристики преступлений, по мнению автора, объясняется различной концептуальной нагрузкой указанного понятия. В этих условиях данная научная категория в криминалистике не может выполнить свою информационную, коммуникативную и познавательную роль.

Известно, что каждое объективное явление, процесс или событие имеет свое понятие и, естественно, определение. Соответствующие термины и дефиниции должны однозначно обозначать понятие (сущность) явления, процесса либо события, происходящего в объективной реальности.

При формулировании проблемы криминалистической характеристики преступлений, на наш взгляд, указанное правило не было соблюдено и это привело к расхождению направлений исследований и соответственно мнений ученых по этому поводу. А ведь в зависимости от того, что понимается под научной категорией криминалистической характеристики, что вкладывается в содержание этого понятия, определяется не только теоретическая, но и практическая (прикладная) ее ценность.

Многоплановость и многоаспектность в трактовке криминалистической характеристики, стремление охватить единым термином различные аспекты и понятия не позволяет достаточно четко и конкретно определить сущность и значение этой научной категории.

Поддержав в 80-годы прошлого столетия введение новой научной категории под названием «криминалистическая характеристика», многие авторы, видимо, непроизвольно расширили ее служебную роль и содержательную нагрузку. По всей видимости, был допущен неверный концептуальный подход к объяснению самого термина «характеристика», что привело, по нашему мнению, к подмене понятия. В результате этого не только практическими работниками, студентами, но и даже отдельными представителями науки трудно воспринимается понятие «криминалистическая характеристика» как совокупность сведений о существенных и устойчивых признаках (следах) противоправных деяний определенной категории преступлений, которая якобы призвана обуславливать основные закономерности раскрытия и расследования преступлений.

С изложенных выше точек зрения криминалистическая характеристика выступает как нечто вроде «графарета», «модели» отдельных категорий преступлений, который рекомендуется «накладывать» на конкретное преступное явление, чтобы усмотреть недостающие признаки общественно-опасного деяния. Такой аморфный подход, по нашему мнению, не может быть признан приемлемым.

Если учесть то значение, которое должна иметь криминалистическая характеристика преступлений для развития науки криминалистики, повышения уровня теоретической подготовки кадров правоохранительных органов и дальнейшего повышения на этой основе качества расследования и рассмотрения уголовных дел, то можно было сделать вывод о том,

какой огромный интерес она бы представляла не только для теории, но и для практической борьбы с преступностью. К сожалению, это пока не имеет места.

В том виде, в каком представляется в настоящее время многими криминалистами понятие криминалистической характеристики преступлений ни студентами, ни практикой оно, не воспринимается. А ведь точка зрения жизни, практики, должна быть первой и основной точкой зрения теории познания и внедрения в практику.

Многим практическим работникам данное научное понятие просто не знакомо, хотя с его содержанием, на наш взгляд, они имеют дело каждый день.

То, что офицеры уголовного преследования (следователи) при расследовании уголовных дел, как и судьи при рассмотрении этих дел постоянно пользуются не только уголовно-правовой, уголовно-процессуальной, криминологической, но и криминалистической характеристикой преступлений, думаю, ни у кого сомнений не возникает.

Представляется, что наличие существенных расхождений во взглядах на природу, сущность, научное и практическое значение указанного понятия, соотношение его со смежными понятиями, началось изначально с неправильного толкования новой категории «криминалистическая характеристика преступления».

Рассмотрим только понятие «характеристика», опустив понятия «криминалистика» и «преступление». Термин «Характеристика» во всех словарях объясняется как описание (определение, отражение) отличительных качеств, признаков, свойств чего-либо или кого-либо. Известно, что характеризовать можно только то, что есть в действительности, что установлено, а не то, что хотелось бы выявить, обнаружить. Думается, что криминалистическая характеристика – понятие динамичное и отражает лишь признаки (свойства) конкретного преступления, те элементы, которые выделяют явление или отдельные его элементы на том или ином этапе расследования. Эта категория, включающая в себя различные качественные и количественные состояния преступления, отражаемые в виде следов (в узком смысле слова), наступивших последствиях, первичных данных о механизме, средствах преступления, объекте преступного посягательства, типологических свойствах преступника, цели и мотивов преступления, представляет собой описание, отражение конкретных отличительных свойств, признаков, качеств преступления, фиксируемые устно или письменно офицером уголовного преследования в связи с установлением определенного события.

Представляется, что формирование криминалистической характеристики неразрывно связано с возникновением науки криминалистики. В этой связи в литературе высказано правильно, на наш взгляд, мнение о том, что специфические криминалистические черты преступлений и преступников всегда учитывались в методике, однако эти сведения не систематизировались под определенную научную категорию. Ведь при разработке частных методик ученые-криминалисты с самого начала изучали и учитывали все закономерности возникновения и отражения следов в объективной действительности, а, следовательно, характеризовали то или иное противоправное событие. По результатам таких характеристик затем формулировалась конкретная методика расследования того или иного вида преступления.

Несомненно, появление криминалистической характеристики преступлений как самостоятельной категории явилось достижением научной мысли ученых-криминалистов. Это также результат развития понятийного аппарата науки, отражающего качественно новый подход в решении вопросов методики расследования.

Расследование, как известно, обычно представляет собой процесс познания фактов прошлого. Этот процесс всегда протекает в полном соответствии с общими закономерностями и категориями материалистической теории познания. Само преступление как событие, имевшее место в прошлом, естественно, не может быть воспринято офицером уголовного преследования или судом только посредством «живого созерцания», то есть только с помощью органов чувств. В этих случаях познание выступает единством

чувственного (созерцаемого) и логического знания, корректируемого конкретной следственной ситуацией.

Для того, чтобы установить все следы преступления, оценить их значение воссоздать по ним случившееся, необходима напряженная мыслительная работа. И начинается она обычно с непосредственного восприятия доступных следов. Офицер уголовного преследования, например, всегда непосредственно воспринимает и фиксирует (описывает) следы и последствия противоправного события, сохранившиеся ко времени расследования, и по ним реконструирует его, создает частную модель конкретного преступления.

На основе фактических данных, касающихся признаков выявленного правонарушения и иных обстоятельств, которые, так или иначе, связаны с ним и содержат информацию, имеющую значение для дела, офицером уголовного преследования в любое время может быть сформулирована криминалистическая характеристика конкретного преступления. На наш взгляд, это продукт научно-практического анализа следов, доказательств преступления, результаты которого активно используются в процессе расследования конкретного правонарушения.

Полное описание преступления достигается в момент его раскрытия и складывается из совокупности данных, характеризующих противоправное явление в уголовно-правовом, криминологическом и криминалистическом отношениях. Уголовно-правовая характеристика имеет своим назначением обеспечение правильной юридической квалификации содеянного, криминологическая характеристика – уяснение конкретных причин и условий совершенного преступления, а криминалистическая характеристика отражает состояние дел по обнаружению и фиксации следов, доказательств конкретного преступления на том или ином этапе расследования.

Криминалистическая характеристика может формироваться устно или письменно на любом этапе из данных, полученных офицером уголовного преследования в процессе расследования преступления. Основу криминалистической характеристики составляют данные совершенного конкретного преступления (что, где, когда, кем, чем, почему и т.д.). При этом добытые сведения сразу подвергаются некоторой рациональной обработке, то есть выражаются определенным (выработанным наукой) языком. На этом уровне знания предмет исследования отражается со стороны свойств и отношений, доступных чувственному созерцанию и мышлению.

Назначение криминалистической характеристики преступления видится именно в том, чтобы, во-первых, с ее помощью получить наиболее полное и объективное представление об устанавливаемом преступлении и лицах, его совершивших, во-вторых, на основе собранной информации определить направление дальнейшего расследования по делу, и, в-третьих, выдвинуть конкретные реальные следственные версии, наметить и осуществить необходимые для сбора доказательств процессуальные и оперативно-розыскные действия.

В связи с этим совершенно правильно, на наш взгляд, отдельные ученые уделяют значительное внимание криминалистической характеристике конкретного преступления. Именно она служит практическим целям расследования, поскольку отображает (описывает) данные о механизме и обстановке конкретного противоправного деяния, отражаемых и отражающих объектах, взаимодействующих в процессе совершения преступления, особенностях личности преступника и иных источниках формируемой информации, имеющих значение для правильного решения задач уголовного судопроизводства.

Что касается совокупности сведений о существенных и устойчивых признаках преступлений определенной категории (вида), которые обуславливают основные закономерности раскрытия и расследования группы преступлений, то они, на наш взгляд, должны входить в понятие криминалистической модели.

Использование моделей для исследования свойств различных объектов и процессов широко распространено во всех областях науки и техники, в том числе и в криминалистике *i*. Как правильно указывает В.А. Штофф, «под моделью понимается такая мысленно представляемая или материально реализованная система, которая, отображая или

воспроизводя объект исследования, способна заменить его так, что ее изучение дает нам новую информацию об этом объекте» [4, с. 197].

Известно, что преступление как социальное явление представляет собой определенную систему взаимосвязанных и взаимообусловленных противоправных действий и последствий. Такая система обычно развивается по конкретным закономерностям и является не механическим смешением различных действий, а их единым целым, в котором каждый составной элемент органически связан с другим, проявляет себя как самостоятельно, так и через них. Сущность любого элемента системы лучше всего видна при его соотнесении с другими элементами. Для объективного и полного представления о характере расследуемого преступления необходимо установить большинство элементов, входящих в криминалистическую модель той или иной категории правонарушения.

Расследуя преступление, офицер уголовного преследования, как известно, мысленно воссоздает все явления, события, действия и последствия противоправного процесса путем так называемой реконструкции. В результате этого формируется ретроспективная модель конкретного преступления. В ней воспроизводятся все противоправные и иные, имеющие значение для установления исследуемых обстоятельств действия, явления, события и процессы, имевшие место в прошлом. Совершенно прав И.М.Лузгин указывая, что при расследовании преступлений складываются специфические приемы моделирования и особые разновидности моделей [5, с. 7].

Криминалистическая модель разрабатывается на основе анализа и обобщения криминалистических характеристик многих преступлений определенной категории. Для этой цели могут быть использованы и данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности или иным непроцессуальным путем.

Методологической основой построения моделей преступлений определенного вида (группы) является теория отражения, согласно которой развитие любого знания объясняется как теоретическое, мысленное моделирование. Этот процесс – эффективное средство в творческой поисковой деятельности офицера уголовного преследования, метод познания преступного события и получения нового, полного знания о нем.

Модель преступления той или иной категории преступлений создается для решения познавательных задач в процессе обучения юристов и практической деятельности офицеров уголовного преследования и прокуроров, и оценивается, – о чем правильно указывает И.И. Артамонов, – «как вероятное и достоверное знание (с учетом определенной частоты встречаемости выделенных признаков)» [6, с. 67].

Именно модель преступления, как обобщенное понятие определенного вида преступной деятельности, призвана служить эффективным средством поисковой деятельности на практике, а также при подготовке квалифицированных кадров-юристов. На этом уровне (модели) преступление, отражается со стороны всех его связей и закономерностей, выведенных не только по результатам изучения и обобщения репрезентативного массива уголовных дел определенной категории, но и путем абстрактного (теоретического) мышления. Задача модели, в данном случае криминалистической, говоря словами К. Маркса, «заключается в том, чтобы видимое, лишь выступающее в явлении движение свести к действительному внутреннему движению...» [7, с. 343]. Ведь только мысленный образ преступления способствует его сравнительному познанию и получению новых знаний о недостающих криминалистических признаках. Именно эта категория (модель) выполняет функцию интерпретации фактов и событий, имеющих криминалистическую значимость. Она опирается на определенную структуру данных об исследуемом преступном событии, на накопленный опыт выявления и расследования аналогичных преступлений, теорию борьбы с подобными противоправными явлениями, а потому и сама (модель) оказывается источником установления объективной истины.

Система (совокупность) данных, с помощью которой устанавливается та или иная категория преступлений, многими учеными-криминалистами названа видовой

криминалистической характеристикой. Вместе с тем представляется более правильным эту научную категорию именовать именно криминалистической моделью преступления.

Создавая криминалистическую модель как обобщенное понятие определенного вида преступлений, мы имеем в виду конкретную систему сведений, отражающую те свойства (признаки) однородных преступлений, использование которых в конкретных случаях может успешно разрешить задачи уголовно-процессуального и криминалистического характера.

Использование криминалистической модели любого вида преступления, на наш взгляд, дает возможность при расследовании типичного факта достоверно определить каким способом или приемом совершено конкретное преступление, каковы причины и условия его совершения, каков его механизм, где и какие могут находиться еще доказательства (следы), а также очертить круг лиц, среди которых следует организовать розыск преступника, когда он сразу не известен.

Назначение криминалистической модели видится в том, чтобы она служила офицеру уголовного преследования (прокурору) ориентиром при выборе оптимального варианта расследования, обеспечивающего наиболее быстрое и полное раскрытие преступления.

В процессе установления того или иного противоправного события офицер уголовного преследования, по нашему мнению, может пользоваться обеими категориями – криминалистической характеристикой и криминалистической моделью преступления. Эти понятия в реальном терминопотреблении должны восприниматься как две самостоятельные категории, обозначающие совершенно самостоятельные уровни познания. Некоторую же соотнесенность их смысла можно обнаружить лишь на том основании, что и та, и другая категории имеют общий дифференциальный признак описания.

На наш взгляд, криминалистическую характеристику следует рассматривать как категорию, относящуюся лишь к единичному явлению – конкретному преступлению. Общей категорией преступлений определенного вида (группы) правильно было бы признавать криминалистическую модель. Эти два понятия находятся в тесной взаимосвязи и взаимообусловленности. Говоря о соотношении криминалистической характеристики и криминалистической модели преступлений уместно привести известные слова о том, что отдельное не существует иначе как в той связи, которая ведет к общему. Общее существует лишь в отдельном, через отдельное. Общее здесь выступает криминалистическая модель преступления, а отдельное – криминалистическая характеристика преступления.

Криминалистические модели могут быть использованы не только для алгоритмизации процесса расследования определенных видов (групп) преступлений, но и для получения криминалистических характеристик конкретных правонарушений. Криминалистические характеристики отдельных преступлений, в свою очередь, должны служить построению, уточнению и дополнению криминалистической модели вида преступлений.

Воплощая в себя типичные данные об особенностях подготовки, совершения и сокрытия определенного вида (группы) преступлений, криминалистическая модель тем самым содержит ценные рекомендации не только относительно наиболее эффективных тактических приемов, технических методов и средств раскрытия преступления, но и помогает эффективно организовать расследование, четко определить необходимые следственные действия в том или ином случае. В этом смысле она как бы является и одной из важных методологических проблем криминалистики.

В системе криминалистической модели важное место занимают элементы, относящиеся к объекту и объективной стороне преступлений. Это объясняется тем, что расследование обычно начинается от события преступления, его следов и последствий либо признаков, указывающих на возможное их наличие. К тому же, в ряде случаев в начале расследования данные о преступнике отсутствуют.

Структура криминалистической модели для всех видов и групп преступлений, как правило, одинакова, с некоторыми уточнениями или особенностями, зависящими от криминальной практики и объекта преступления.

Криминалистическая модель используется как ориентир в расследовании конкретных преступлений. Особенно велика ее роль в начале следствия, когда неизвестны многие еще обстоятельства преступления.

Литература

1. Криминалистическая характеристика преступлений. Сборник научных трудов. М., 1984.
2. Криминалистика: учебник / под ред. Л.Я. Драпкина, В.Н. Карагодина.- М.:Юрид.лит., 2004 г.; Криминалистика: учебник / под ред. А.Г. Филиппова. М.: Из-во Юрайт; ИД Юрайт, 2011 и др.
3. Шурухнов Н.Г. Криминалистика: курс лекций. М.: Эксмо, 2006.
4. Штофф В.А. Моделирование и философия. М., 1966, 217 с.
5. Лузгин И.М. Моделирование при расследовании преступлений. М.: Юрид.лит., 1981, с. 7.
6. Артамонов И.И. Методологические аспекты криминалистической характеристики. *Криминалистическая характеристика преступлений*. М., 1984. с. 67.
7. Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. т. 25.

Щодо дефініції іноземців та осіб без громадянства

Герасименко Є.С., к.ю.н., доцент

Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Сучасні міграційні процеси є надзвичайно складними та інтенсивними, а міграційні потоки характеризуються одразу кількома різними причинами та мотивами. Думки науковців, визначення іноземних громадян та осіб без громадянства, а також досліджували особливості особливості правового статусу цих осіб формувались під впливом різних обставин, а відтак відрізняються. Так, наприклад, В.І. Лісовський визначає іноземних громадян як осіб, які перебували на території іноземної держави і не були її громадянами [1].

Але дане визначення не є повним, оскільки така ознака як наявність громадянства чи підданства іншої держави, чи відсутність будь-якого громадянства, що чітко відрізняє іноземця від особи без громадянства, не була ним врахована. На думку Т.Н. Кирилової, іноземним громадянином є особа, яка має постійний політичний, економічний і правовий зв'язок з державою свого громадянства і перебуває в тимчасовому економічному і правовому зв'язку з іншими державами [2]. Однак, і це визначення навряд чи можна вважати досконалим. Адже, для прикладу відсутність такого тимчасового зв'язку громадянина США з Українською державою жодним чином не змінює його правового статусу іноземного громадянина.

Свого часу В.Д. Яворський визначав іноземного громадянина як це фізичну особу, яка постійно чи тимчасово перебуває на території країни, не є радянським громадянином і знаходиться в громадянстві чи підданстві іншої держави [3].

С.Б. Чехович визначив іноземців як осіб, які прибувають з іншої держави, у якій існує монархічна форма правління (підданий) або республіканська форма правління (громадянин) [4].

С.В. Константинов сформулював власне визначення поняття «іноземний громадянин», під яким він розуміє «особу, яка є громадянином чи підданим іншої держави, що підтверджено відповідними документами, яка не є громадянином України, але у зв'язку із постійним чи тимчасовим перебуванням на території України, а також інших причин, перебуває у правовому зв'язку з Україною в особі її компетентних органів» [5].

На наш погляд дане визначення хоча й більш об'ємне і відображає усі ознаки, що характеризують іноземних громадян, є не зовсім вдалим, оскільки для точного викладення суті розглядуваного поняття можна використовувати визначення, яке за змістом значно стисліше. Така ознака, що характеризує іноземного громадянина, як особу, яка має

відповідні документи на підтвердження громадянства чи підданства іншої держави вимагає на додаткове обґрунтування. Справа в тому, що встановлення факту приналежності певної особи до громадянства конкретної країни може відбуватися набагато пізніше за часом, аніж фактичне віднесення цієї особи до категорії іноземців. Мається на увазі, що якщо на території України перебуває громадянин, який заявляє себе громадянином іншої країни, але з тих чи інших причин на момент встановлення особи не може підтвердити це відповідними документами – паспортом, проїзним документом дитини, довідкою, транзитною візою, ми з урахуванням певних чинників розуміємо що він є іноземцем. Бувають випадки, коли в іноземця можливості надати документ для встановлення громадянства іншої держави немає саме у тій ситуації, що склалася, але пізніше він отримує його та підтвердить свою належність (підданство) до іншої держави.

Таким чином, всіх фізичних осіб в залежності від наявності та характеру правових зв'язків із певною державою чи державами можна поділити на такі види:

- 1) громадяни України,
- 2) іноземні громадяни (якщо країна такого зв'язку – республіка),
- 3) іноземні піддані (якщо країна такого зв'язку – монархія),
- 4) особи без громадянства (апатриди).

При цьому і в науковій літературі, і в законодавстві України іноземних громадян та підданих здебільшого не класифікують у відповідні категорії, а узагальнено називають іноземцями. Натомість узагальненого терміну для іноземців та апатридів не існує. Разом із тим їх правовий статус здебільшого розрізняється за можливістю отримання захисту з боку певної держави. Якщо іноземці можуть його отримати з боку держави своєї громадянства чи підданства, то особи без громадянства не можуть на це розраховувати в силу відсутності такої держави. Однак, відмінностей у належних їм правах, свободах та обов'язках в Україні явно недостатньо для того, щоб не спробувати запропонувати надати їм узагальнюючу назву. Очевидно, що на противагу терміну «громадянин» може бути застосований антонім «негромадянин». Критерієм відмежування в цьому випадку буде факт наявності чи відсутності у особи громадянства України. При цьому правовий статус всіх негромадян буде характеризуватись відсутністю у його складі однакового для всіх цих осіб обсягу прав та обов'язків, визначених Конституцією України лише для її громадян - «громадянських» прав та обов'язків.

Таким чином, в залежності від наявності громадянства України пропонується всіх фізичних осіб поділяти на громадян та негромадян України. Негромадян України з свою чергу можна поділити на іноземців (іноземних громадян та підданих) і осіб без громадянства. Нагадаємо, що на цей час термін «іноземець» в літературі застосовується і в законодавстві, і в науковій літературі як узагальнюючий для громадян/підданих іноземних держав і осіб без громадянства. Однак, з нашої точки зору, таке неточне використання законодавчих термінів не є правильним та суперечить вимогам системності. Адже пункт б статті 1 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» встановлює, що термін «іноземець» може застосовуватись лише до осіб, які не перебувають у громадянстві України і є громадянами (підданими) іншої держави або держав», що виключає можливість його застосування для апатридів.

Разом із цим не викликає жодних заперечень висновок про громіздкість і незручність використання конструкції «іноземці та особи без громадянства» і в законотворчості, і в практиці правозастосування. Отже розробка узагальнюючого терміну для цих осіб давно на часі. Ми пропонуємо для спільного найменування іноземних громадян і підданих (іноземців) та осіб без громадянства (апатридів) використовувати простий антонім терміну «громадянин», а саме – «негромадянин».

Пропонуючи для зручності використання нового узагальнюючого терміну «негромадянин», ми жодним чином не намагаємось виокремити чи створити новий правовий статус, використовуючи досвід окремих пострадянських держав через його явно дискримінаційний характер. Так, наприклад, цей особливий юридичний статус надавався

Латвійською Республікою колишнім громадянам СРСР, які проживали за станом на 1 липня 1992 року в Латвії, не мають громадянства жодної іншої країни та не пройшли процес натуралізації, а також їх нащадкам. Станом на липень 2019 року за даними Управління у справах громадянства та міграції Міністерства Внутрішніх справ Латвійської Республіки, налічувалося 220491 негромадян, які проживають в Латвії, а також 5364 негромадян Латвії поза межами. Необхідно відзначити, що з січня 2020 року процес відтворення нових негромадян Латвійської Республіки був припинений через набрання чинності законом, відповідно якого всі діти таких негромадян автоматично набувають громадянство Латвії [5; 6].

Наша пропозиція щодо запровадження терміну «негромадянин України» має за мету лише узагальнення норм, які стосуються іноземців та апатридів, підвищення зручності та спрощення формулювань у законотворчості та правозастосуванні.

Отже, ми пропонуємо терміном «негромадянин України» визначати всіх іноземців, тобто осіб, які не перебувають у громадянстві України і є громадянами (підданими) іншої держави або держав, а також осіб без громадянства, тобто осіб, яких жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином.

Література

1. Лисовский В.И. Международное право. М., 1970. 214 с.
2. Кирилова Т.Н. Общие положения гражданской правосубъектности иностранцев в СССР. *Правоведение*. 1986. № 1. 150 с.
3. Яворский В.Д. Правовое положение иностранцев в СССР: автореф. дисс... кан. юрид. наук. К., 1977. 22 с.
4. Чехович С.Б. Правове регулювання міграції іноземців: дис... канд. юрид. наук. К., 1998. 213 с.
5. Константінов С.В. Адміністративно-правовий статус іноземців в Україні та механізм його забезпечення: дис... канд. юрид. наук. К., 2002. 195 с.
6. LATVIJAS REPUBLIKAS IEKŠLIETU MINISTRIJAS. PILSONĪBAS UN MIGRĀCIJAS LIETU PĀRVALDE «Latvijas iedzīvotāju sadalījums pēc valstiskās piederības (Datums=01.07.2019)» URL: https://www.pmlp.gov.lv/lv/assets/ISVP_Latvija_pec_VPD01072019.pdf
7. LATVIJAS REPUBLIKAS IEKŠLIETU MINISTRIJAS. PILSONĪBAS UN MIGRĀCIJAS LIETU PĀRVALDE «Ārvalstīs dzīvojošo sadalījums pēc dzimšanas gada un valstiskās piederības (Datums=01.07.2019)» URL: https://www.pmlp.gov.lv/lv/assets/ISAG_Aarvalstiis_pec_DZGada_VPD01072019.pdf

Актуальні питання українського конституціоналізму у контексті історико-правової ретроспективи

Головко С.Г., к.і.н., доцент

Національний авіаційний університет

Український конституціоналізм перебуває на етапі активного формування як теоретико-методологічна концепція та практичний механізм забезпечення правового функціонування громадянського суспільства. Важливим чинником розвитку сучасного конституціоналізму є його історико-правові витоки, ретроспектива яких у проєкції на тенденції вдосконалення правового поля є джерелом розв'язання актуальних проблем державного будівництва.

Порівняльні дослідження показують, що конституціоналізм феномен державотворення має глибокий соціокультурний контекст. Він є відображенням політичної еволюції світового співтовариства, а також логічним продовженням національних традицій конституційного процесу. Саме тому звернення до історико-правових витоків українського конституціоналізму сприятиме виробленню практичних механізмів реалізації у конституційній дійсності.

У сучасній теорії права конституціоналізм розглядається як комплексний інструмент реалізації конституції, її правової охорони, підтримки конституційного ладу, специфічної

практики конституційного процесу. Його теоретико-методологічний потенціал визначається впливом на формування системи загальноцивілізаційних демократичних цінностей державного устрою та суспільного життя.

Основоположні ідеї та принципи конституціоналізму є визначальним чинником, що впливає на формування типу конституційного ладу та правової системи держави, особливості взаємодії органів державної влади та суспільства, подолання кризових явищ. Він є основою розбудови конституційної держави, яка, своєю чергою, стає мірою реалізації і забезпечення ідей, цінностей і принципів конституціоналізму [1].

Фундамент сучасного українського конституціоналізму становлять історичні джерела вітчизняного та міжнародного конституційного права. Український конституціоналізм як історико-правовий феномен відзначається сприйняттям політико-правових ідей минулого та сучасних досягнень світової конституційної думки, але має при цьому самобутні особливості та розмаїття форм і змісту реалізації.

Його джерела мають інституційний характер суголосний трендам європейської філософсько-правової думки, а витoki сягають початку Нового часу (України-Гетьманщини), а надбання займають гідне місце в скарбниці європейського конституціоналізму та вплинули на його поступальний розвиток.

Історичний пріоритет українського народу та природне право на власну національну державу як базові принципи сучасного конституціоналізму є важливим результатом напрацювань українських діячів минулого Б. Хмельницького, П. Орлика, М. Драгоманова, М. Грушевського, І. Франка.

Зокрема, ще Конституція Пилипа Орлика відображала прогресивні підходи європейського Просвітництва щодо органічного співвідношення загальнодержавних та соціальних пріоритетів. Вона є одним з перших в Новій історії прикладів моделі вільної держави, заснованої на природньому праві народу на свободу та самовизначення. У період відродження Української національної держави (1917-1920 рр.) яскравим проявом конституційного процесу стали такі конституційно-правові акти, як III та IV Універсали УЦР, Конституція УНР. У них визначені основні засади організації державної влади в Україні та юридично оформлено відродження української державності [4].

Традиції та досягнення європейського та вітчизняного конституціоналізму були акумульовані в Конституція України, ухваленій у червні 1996 року, яка упродовж чверті століття є правовим фундаментом розвитку української держави в пріоритетах демократичного та соціально орієнтованого громадянського суспільства, формування та вдосконалення сучасних інститутів державної влади.

Новітній український конституціоналізм, який почав формуватися в дев'яностих років ХХ ст. позначений впливом сприйняття конституційного процесу через призму ринкового капіталізму, з одного боку, та соціальних пріоритетів як офіційного, хоча й значною мірою, декларативного, принципу суспільства розвинутого соціалізму. Відтак, мав ознаки ідеалістичної доктрини [3]. Одним із її проявів стало сподівання на органічне співіснування колективізму та права особистості, що виявилось в соціальних зобов'язаннях держави щодо гарантування економічних прав. Дискусія щодо дієвості цієї важливої норми, яка є актуальною й сьогодні, підтверджує концептуальну ідею сучасного конституціоналізму – конституційний процес є ефективним в умовах динамічного суспільства.

Дослідники сучасного українського конституціоналізму одним із пріоритетних напрямів його розвитку, що відображає національну державно-правову традицію особливого ставлення до свободи як ключової ознаки конституціоналізму та має характер історично зумовленої тенденції, визначають втілення ідеї забезпечення прав і свобод людини через обмеження державної влади, зокрема, засобами парламентаризму, місцевого самоврядування, чіткого поділу повноважень в системі державного управління [5].

З огляду на це, важливою умовою забезпечення конституційно-правової свободи людини є науково-методологічне обґрунтування та створення практичних механізмів обмеження публічної влади на користь громадянського суспільства, прав та інтересів

громадян. Саме створення ефективної системи стримувань і противаг у процесі організації публічної влади через удосконалення місцевого самоврядування розглядається необхідною соціальною передумовою конституціоналізму.

Поступальний розвиток конституційного процесу в Україні є запорукою збалансованості та ефективної взаємодії всіх гілок влади, впорядкування відносин у різних сферах суспільного життя. З огляду на це, одним із стратегічних напрямів є завершення конституційної реформи [2], наслідком якої має стати остаточне ствердження у державотворенні та правотворенні таких конституційних цінностей і пріоритетів як: принципи верховенства права, демократизму, конституційної законності, визнання людини найвищою соціальною цінністю.

Сучасні тенденції українського конституціоналізму спираються на досягнення європейської конституційної думки та вітчизняні багатовікові історико-правові традиції, що забезпечує порівняно самостійний характер та розмаїття напрямів розвитку конституційного процесу в Україні. Саме вони визначають соціально-правові передумови українського конституціоналізму як ефективного механізму забезпечення та охорони конституційного правопорядку, прав та свобод людини і громадянина.

Одним із пріоритетних напрямів удосконалення механізму конституційного регулювання суспільних відносин з урахуванням історико-правових витоків конституційного процесу є, розбудова місцевого самоврядування як дієвого інституту громадянського суспільства.

Таким чином, важливим чинником розбудови української правової держави є підтримка та розвиток конституційного процесу з урахуванням світового та вітчизняного досвіду конституціоналізму, його теоретико-методологічне обґрунтування та вироблення практичних механізмів реалізації ключових ідей принципів.

Література

1. Агафонова Н. Питання розвитку конституційної реформи в сучасній Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2016. № 2. С. 119-131.
2. Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм: теорія і практика Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук.
3. Речицький В.В. Вкотре про новітній український конституціоналізм. URL: <https://khp.org/1570187569>.
4. Сопілко І.М. Конституційний процес в Україні: історія і сучасність. *Юридичний вісник «Повітряне і космічне право»*. 2011. № 3(20). С. 72-75.
5. Терлюк І. Конституціоналізм і українська модель конституціоналізму: до проблеми формування національної державно-правової традиції. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: *Юридичні науки*. Львів : Видавництво Львівської політехніки, 2017. № 884. С. 38-46.

Нормативно-правова база для забезпечення екологічного правопорядку

Гончарук В.В., к.п.н., викладач

Гончарук В.А., к.п.н., доцентка

Уманський державний педагогічний університет імені Павла Тичини

Державна екологічна політика є важливою складовою загальнодержавної політики. Вона тісно пов'язана з економічною, соціальною, культурною та іншими сферами життєдіяльності суспільства. Важливим засобом реалізації державної політики в сфері екології є створення дієвої та ефективної нормативно-правової бази, спроможної забезпечити ефективне функціонування екологічного правопорядку. Формування екологічної правосвідомості у наш час має бути найголовнішим завданням еколого-правової освіти, яка є необхідним елементом культури людини. Право громадян на освіту, в тому числі еколого-правову, закріплено Конституцією України, законодавством України про освіту, Законом

України «Про охорону навколишнього природного середовища» та іншими нормативно-правовими актами.

Важливу роль у регулюванні суспільних відносин відіграють принципи права, хоча безпосередньо в них не завжди містяться обов'язкові правові приписи. Більш того, вони можуть бути визначені у якості провідних ідей, загальноправових концепцій, юридичних доктрин чи засадничих підстав, і навіть теоретичних догм, які мають суттєвий вплив на правове регулювання суспільних відносин і реалізацію державної правової політики у відповідних сферах її діяльності. Міжнародне екологічне право (МЕП) – галузь міжнародного права, що регулює відносини між державами у сфері екології. Україна є стороною близько 70 міжнародно-правових актів універсального (глобального), регіонального та двостороннього характеру.

Ряд зарубіжних учених-правознавців у галузі екологічного права, як: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, А. Г. Бобкова, В. Л. Бредіхіна, М. М. Бринчук, С. І. Бугера, В. В. Вербицький, А. П. Гетьман, Х. І. Ісаков, Т. Г. Ковальчук, О. М. Козир, О. С. Колбасов, М. В. Краснова, П. Ф. Кулинич, В. І. Лебідь, Н. Р. Малишева, А. М. Мірошніченко, В. Л. Мунтян, В. В. Носік, В. Н. Петрина, В. В. Петров, В. І. Семчик, О. В. Скурко, А. М. Статівка, Л. В. Струтинська-Струк, В. Ю. Уркевич, Л. Ф. Усманова, Ш. Х. Файзієв, М. О. Фролов, Ю. С. Шемшученко, М. В. Шульга, Р. С. Ярандайкін та інші.

Міжнародне екологічне право – це сукупність принципів і норм міжнародного публічного права, що регулюють відносини у сфері охорони навколишнього середовища та раціонального використання його ресурсів.

Міжнародне екологічне право є однією з наймолодших галузей міжнародного публічного права. Датою його зародження можна вважати проведення у 1972 р. Стокгольмської конференції ООН з навколишнього середовища. За результатами цієї конференції було прийнято два основоположні документи – Стокгольмську декларацію, яка визначила 26 принципів екологічно коректної поведінки держав, та Програму дій, на основі якої було розроблено Програму ООН з навколишнього середовища (ЮНЕП).

Значною подією у процесі становлення міжнародного екологічного права стало проведення під егідою ЮНЕП Наради урядових експертів (Монтевідео, 1981 р.), на якій обговорювалися питання боротьби з транскордонними забрудненнями, компенсації екологічної шкоди тощо. У 1992 р. в Ріо-де-Жанейро була проведена Конференція ООН з навколишнього середовища і розвитку, участь у якій взяли представники 179 держав. У ході цієї конференції було прийнято ряд документів, найважливішими серед яких є: декларація Ріо-де-Жанейро з навколишнього середовища і розвитку (часто також називається «Декларацією Ріо» та «Зеленим кодексом поведінки держав»). Ця Декларація є логічним продовженням Стокгольмської декларації 1972 р. і закріплює нові принципи співробітництва держав у сфері охорони навколишнього середовища [1].

Наукову основу дослідження склали дослідження вчених у галузі екологічного права та правового забезпечення екологічної безпеки – В. І. Андрейцева, Г. В. Анісімової, Г. І. Балюк, М. М. Бринчука, Ю. Л. Власенко, А. П. Гетьмана, О. Л. Дубовик, Т. Г. Ковальчук, В. В. Костицького, М. В. Краснової, Ю. А. Краснової, Н. Р. Малишевої, Н. А. Макаренко, В. Л. Мунтяна, Т. О. Третяка, О. А. Шомпол, М. О. Фролова, Ю. С. Шемшученка, Т. П. Шохи, В. О. Юрескул та інших; у галузі спеціального природокористування – Л. О. Бондаря, Н. С. Гавриш, О. А. Грицан, В. О. Джуган, В. М. Єрмоленка, М. І. Єрофєєва, І. І. Каракаша, І. Б. Калініна, Р. С. Кіріна, Н. Р. Кобецької, О. С. Колбасова, Т. О. Коваленко, В. М. Комарницького, І. О. Костяшкіна, П. Ф. Кулинича, П. І. Лапечука, Г. А. Ларіонова, Н. В. Локтевої, О. Ю. Макаренка, Р. І. Марусенка, А. М. Мірошніченка, В. П. Непийводи, В. В. Носіка, Т. К. Оверковської, І. Л. Радика, Т. Б. Саркісової, В. Ю. Уркевича, С. І. Хом'яченко, М. В. Шульги та інших; у галузі раціонального природокористування та забезпечення безпеки середовища життєдіяльності людини – Г. О. Аксеньонка, С. Б. Байсалова, В. П. Балезіна, В. В. Петрова, Б. Г. Розовського й інших; у галузі загальної теорії права та галузевих юридичних наук – С. С. Алексєєва,

С. Г. Брателя, О. О. Дудорова, О. І. Миколенка, Н. М. Нестеренко, П. М. Рабіновича, М. М. Романяка, І. О. Харь, О. М. Хіміч, А. М. Шульги; у галузі економічної науки – О. О. Дмитрієвої, І. М. Кирпач, О. В. Матвійчук, І. А. Пашенюк, Б. О. Сидорчука, О. В. Яроцької.

Екологічному праву також властивий розподіл основних засад правового регулювання природоохоронних відносин на загальні та спеціальні принципи. Підстави для такого розподілу принципів правового регулювання екологічних відносин надає чинне загальне та спеціальне екологічне законодавство. Вони або прямо закріплені, або безпосередньо випливають із змісту таких екологічних законодавчих актів, якими є, наприклад, Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 року [2], «Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки», затверджені постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 року [3]. та інші акти екологічного законодавства.

Поняття «право» досліджується також вченими-екологами. В. В. Добровольський зазначає, що право взагалі – це система загальнообов'язкових соціальних норм, які охороняються силою держави. За допомогою права соціальні сили, які мають державну владу, регулюють поведінку людей і їх колективів, роблять обов'язковими громадські відносини. Право – піднята до закону воля держави, оформлена у вигляді системи норм та правил [4].

Існують різні визначення екологічного права. Екологічне право як галузь права – це сукупність встановлених державою правових норм, що регулюють відносини з приводу охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання та відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки. Екологічне право – інтегрована правова спільність (комплексна галузь права), яка об'єднує сукупність еколого-правових норм, що регулюють екологічні відносини з метою ефективного використання, відтворення, охорони природних ресурсів, забезпечення якості навколишнього природного середовища, гарантування екологічної безпеки, реалізації захисту екологічних прав.

Ознаками екологічного права вважають: сукупність еколого-правових норм, які утворюють інтегровану правову спільність або комплексну галузь права; правові норми, що регулюють або забезпечують реалізацію прав суб'єктів екологічних правовідносин; правові норми, що виконують екологічну функцію або забезпечують реалізацію зовнішньої і внутрішньої функцій держави; природоресурсні; природоохоронні. До форм виявлення екологічного права відносять правові ідеї, норми екологічного права, правовідношення [5].

Законодавство України про охорону навколишнього природного середовища – відносини у галузі охорони навколишнього природного середовища в Україні регулюються цим Законом, а також земельним, водним, лісовим законодавством, законодавством про надра, про охорону атмосферного повітря, про охорону і використання рослинного і тваринного світу та іншим спеціальним законодавством {Стаття 2 із змінами, внесеними згідно із Законом № 5456-VI від 16.10.2012} [6].

Людина є основною цінністю держави. Законодавство створюється на захист її прав і свобод. Але людина є невід'ємною частиною природи. Тому екологічне право – галузь права України, яка регулює суспільні відносини з приводу належності, використання, забезпечення екологічної безпеки й відтворення природних ресурсів. Як зазначено у Статті 9 «Екологічні права громадян України», кожен із нас має право на: а) безпечне для його життя та здоров'я навколишнє природне середовище; б) участь в обговоренні та внесення пропозицій до проєктів нормативно-правових актів, матеріалів щодо розміщення, будівництва і реконструкції об'єктів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природного середовища, внесення пропозицій до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, юридичних осіб, що беруть участь у прийнятті рішень з цих питань {Пункт «б» частини першої статті 9 в редакції Закону № 254-IV від 28.11.2002}; в) участь в розробці та здійсненні заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, раціонального і

комплексного використання природних ресурсів; г) здійснення загального і спеціального використання природних ресурсів; д) об'єднання в громадські природоохоронні формування; е) вільний доступ до інформації про стан навколишнього природного середовища (екологічна інформація) та вільне отримання, використання, поширення та зберігання такої інформації, за винятком обмежень, встановлених законом {Пункт «е» частини першої статті 9 в редакції Закону № 254-IV від 28.11.2002}; є) участь у громадських обговореннях з питань впливу планованої діяльності на довкілля {Пункт «є» частини першої статті 9 в редакції Законів № 254-IV від 28.11.2002, № 2059-VIII від 23.05.2017}; ж) одержання екологічної освіти; з) подання до суду позовів до державних органів, підприємств, установ, організацій і громадян про відшкодування шкоди, заподіяної їх здоров'ю та майну внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище; и) оскарження у судовому порядку рішень, дій або бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб щодо порушення екологічних прав громадян у порядку, передбаченому законом {Частина першу статті 9 доповнено пунктом «и» згідно із Законом № 254-IV від 28.11.2002}; і) участь у процесі здійснення стратегічної екологічної оцінки {Частина першу статті 9 доповнено пунктом «і» згідно із Законом № 2354-VIII від 20.03.2018}. Вказано також, що законами України можуть бути визначені й інші екологічні права громадян {Частина друга статті 9 із змінами, внесеними згідно із Законом № 5456-VI від 16.10.2012} [7].

До екологічних обов'язків згідно із законодавством (Стаття 12. Обов'язки громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища), належать такі: а) берегти природу, охороняти, раціонально використовувати її багатства відповідно до вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища; б) здійснювати діяльність з додержанням вимог екологічної безпеки, інших екологічних нормативів та лімітів використання природних ресурсів; в) не порушувати екологічні права і законні інтереси інших суб'єктів; г) вносити штрафи за екологічні правопорушення {Пункт «г» частини першої статті 12 із змінами, внесеними згідно із Законом № 2756-VI від 02.12.2010}; д) компенсувати шкоду, заподіяну забрудненням та іншим негативним впливом на навколишнє природне середовище. Також зазначено, що громадяни України зобов'язані виконувати й інші обов'язки у галузі охорони навколишнього природного середовища відповідно до законів України {Частина друга статті 12 із змінами, внесеними згідно із Законом № 5456-VI від 16.10.2012} [8].

Основою для юридичної відповідальності за порушення екологічного законодавства виступають екологічні правопорушення: порушення прав громадян на екологічно безпечне природне середовище; порушення норм екологічної безпеки; невиконання вимог державної екологічної безпеки; самовільне використання природних ресурсів і забруднення навколишнього середовища.

У висновках зазначимо, що співвідношення екологічного права з міжнародним правом і, зокрема, з міжнародним екологічним правом, базується на включенні міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. У наш час налічується більше 30 міжнародних договорів, конвенцій та інших угод в сфері охорони довкілля, ратифікованих українським парламентом, що застосовуються у нашій країні. Екологічне право складається із системи правових норм, які регулюють екологічні відносини, суб'єктами яких є індивіди, колективи людей, органи управління, держава. Екологічному праву належить у наш час регулювати ефективне використання природних ресурсів, забезпечувати якість навколишнього природного середовища та гарантувати екологічну безпеку, реалізацію і захист екологічних прав громадян.

Література

1. Міжнародне екологічне право. URL: <http://jure.in.ua/tema-13-mizhnarodne-ekologichne-pravo/> (дата звернення: 17.08.2021)
2. Про охорону навколишнього природного середовища: закони України від 25 червня 1991 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546 з подальшими змінами і доповненнями.

3. Основні засади (стратегія) державної екологічної політики України на період до 2030 року: затверджені Законом України від 28 лютого 2019 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 16. Ст. 70.
4. Добровольський В. В. Екологічні знання: навч. посіб. К.: ВД «Професіонал», 2005. С. 18.
5. Екологічне право України. URL: https://pidru4niki.com/86228/ekologiya/ekologichne_pravo_kompleksna_galuz_prava_ukrayini (дата звернення: 18.08.2021)
6. Стаття 2. Законодавство України про охорону навколишнього природного середовища. URL: https://protocol.ua/ua/pro_ohoronu_navkolishnogo_prirodnogo_seredovishcha_stattya_2/ (дата звернення: 18.08.2021)
7. Стаття 9. Екологічні права громадян України. URL: https://protocol.ua/ua/pro_ohoronu_navkolishnogo_prirodnogo_seredovishcha_stattya_9/ (дата звернення: 18.08.2021)
8. Стаття 12. Обов'язки громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища. URL: https://protocol.ua/ua/pro_ohoronu_navkolishnogo_prirodnogo_seredovishcha_stattya_12/ (дата звернення: 18.08.2021)

Дитячий будинок сімейного типу як альтернативна форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування

*Грабовська Г.М., к.ю.н., доцентка
Національний авіаційний університет*

Однією із ключових ознак цивілізаційного розвитку держави є її ставлення до соціальних проблем. Україна, як соціально орієнтована держава, сприяє розвитку молодого покоління, задоволенню його потреб та виконанню обов'язків. Актуальність теми дослідження обумовлена наявністю проблеми влаштування дітей-сиріт та дітей, які залишилися з різних причин без батьківського піклування у сім'ї.

Відповідно чинного законодавства України в якості однієї з правових форм виховання дітей, які залишилися без піклування батьків, передбачено інститут сімейного права – дитячий будинок сімейного типу. Суть діяльності дитячого будинку полягає в тому, що цей будинок створюється місцевими органами влади. Орган опіки та піклування на умовах, визначених законом, іншими правовими актами, а також договором передає в сім'ю на виховання зазначених дітей. Тим самим, держава виконує покладений на неї обов'язок щодо забезпечення виховання дітей, які залишилися без піклування батьків, передбачену Конвенцією ООН «Про права дитини» і Декларацією ООН «Про соціальні і правові принципи, що стосуються захисту і благополуччя дітей, особливо при передачі дітей на виховання та їх усиновлення на національному і міжнародному рівнях».

Дитячий будинок сімейного типу – це окрема сім'я, що створюється за бажанням подружжя або самотньої особи, яка не перебуває в шлюбі, для забезпечення сімейним вихованням та спільного проживання не менш як п'яти дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Загальна кількість дітей, включно з рідними, у такій сім'ї не може перевищувати десяти осіб. Особи, які створили дитячий будинок сімейного типу, отримують статус батьків-вихователів, а діти – статус вихованців. На влаштування дитини-сироти та дитини, позбавленої батьківського піклування, в дитячий будинок сімейного типу потрібна згода дитини, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити [1].

Відповідно до Положення про дитячий будинок сімейного типу, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України № 564 від 26.04.2002, батьками-вихователями можуть бути повнолітні та працездатні особи, які перебувають у шлюбі або одинока особа, яка не перебуває у шлюбі, які відповідають таким умовам: вік та дохід. Беручи до уваги вік вихователя та дитини, умовою для розміщення дитини в сімейному дитячому будинку є те, що на час досягнення обома батьками-вихователями пенсійного віку всі вихованці досягли

віку вибуття з дитячого будинку сімейного типу. Коли вихователь досягає пенсійного віку, час перебування дитини визначається віком наймолодшого батька. У деяких випадках за згодою обох сторін сімейний дитячий будинок може продовжувати працювати після виходу батьків на пенсію, але не більше п'яти років. Середньомісячний сукупний дохід сім'ї в розрахунку на одну особу за попередні шість місяців, що передували місяцю звернення із заявою про утворення дитячого будинку сімейного типу, не може бути меншим від розміру прожиткового мінімуму, встановленого законом для відповідних соціальних і демографічних груп населення.

Заборонено використовувати різні форми влаштування дітей-сиріт одночасно у сімейному дитячому будинку, за умови, що вихователі не пов'язані сімейними та родинними стосункам.

На виховання та співжиття дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування у дитячі будинки потрапляють діти, які перебувають на первинному обліку у відповідних адміністративних територіальних одиницях, або з сімейних дитячих будинків, які перемістилися з тимчасово окупованої території чи місця проведення антитерористичних операцій.

Дитячі будинки сімейного типу можуть створюватися дорослими та здоровими людьми, які виявили бажання створити дитячий будинок сімейного типу.

Відповідно до «Постанови про функціонування дитячого будинку сімейного типу», вони мають взаємодіяти на партнерських засадах в інтересах дитини, поділяючи відповідальність щодо забезпечення її потреб. Підтримка цих партнерських відносин є одним із завдань вихователя. З одного боку, він може отримати допомогу, з іншого – його робота знаходиться під постійним наглядом соціальних служб – і вихователь загалом не є вільним у прийнятті рішень щодо виховання дитини [2]. Батьки-вихователі отримують індивідуальний житловий будинок або багатокімнатну квартиру, а також необхідні меблі, побутову техніку та інші предмети тривалого вжитку. Діти – вихованці дитячого будинку сімейного типу мають пільги та гарантії, які встановлені для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, вони також зберігають право на раніше призначені аліменти, пенсію та інші види державної допомоги. Отримані кошти переходять у розпорядження батьків-вихователів і витрачаються на утримання вихованців. Батьки-вихователі отримують грошове забезпечення у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Кандидати у батьки-вихователі обов'язково проходять курс підготовки до створення дитячого будинку сімейного типу та його ефективного функціонування. Діти-вихованці мають право підтримувати особисті контакти із біологічними батьками й іншими родичами, якщо це не суперечить їх інтересам і не заборонено рішенням суду. Обов'язковою умовою влаштування до дитячого будинку дитини є згода дитини, якщо вона досягла відповідного віку й такого рівня розвитку, що може її висловити. Згода на влаштування до дитячого будинку сімейного типу з'ясується представником закладу, в якому дитина перебуває, у присутності батьків-вихователів та представника органу опіки та піклування і оформлюється документально.

Проте форма такого спілкування визначається органом опіки, за погодженням батьків-вихователів, та за участю соціального працівника, що здійснює соціальний супровід.

Важливим питанням є розкриття прав та обов'язків батьків-опікунів. Батьки-опікуни повинні відповідати за життя, здоров'я, фізичний та психічний розвиток вихованців. Вони є їх законними представниками у всіх установах та організаціях і не мають спеціальних повноважень. Батьки не можуть зловживати наданими їм правами на користь своїх дітей. Батьки-опікуни у сімейних дитячих будинках зобов'язані виховувати дітей, дбати про розумовий та моральний розвиток, навчання, створювати належні умови для розвитку їх природних здібностей, поважати гідність дітей, готувати до самостійного життя та праці. Особливо виховувати в повазі до прав, свобод людей та громадян, мови, національної історії та культурних цінностей України та інших народів, а також робити дітей свідомими у суспільстві з духом розуміння, миру та благодійності [3].

Євко В.Ю. наголошує, що дитячий будинок сімейного типу не є сім'єю, і не можна вважати цей будинок і юридичною особою. Через це батьки-вихователі мають розглядатися як самостійні суб'єкти цивільних правовідносин і правовідносин іншої галузевої належності, що виникають під час створення і діяльності дитячого будинку сімейного типу. При цьому самостійним, а також рівним із батьками-вихователями суб'єктом цивільних правовідносин виступає орган опіки та піклування. Урахування цього положення буде сприяти застосуванню до регулювання відносин, що виникають між названими суб'єктами, норм і принципів здебільшого цивільного, а не адміністративного права [4].

Дитячі будинки сімейного типу добровільно приймаючи у сім'ю дітей сиріт або дітей позбавлених батьківського піклування, мають бути ретельно і професійно підготовлені не просто до спільного проживання та ризиків його унеможливлення, а й до відповідального соціального виховання [5, с. 56].

Загальновідомо, що з метою забезпечення найкращих інтересів дитини принципово важливо зберегти її соціальний зв'язок та право на виховання в сім'ї.

Дитячий будинок сімейного типу здатен забезпечити комплексність виховного впливу на формування особистості дитини-сироти та дитини, позбавленої батьківського піклування. Тут вона набуває навичок і вмінь міжособистісних стосунків, засвоює позитивні зразки поведінки дорослих, розвиває прагнення до самовдосконалення.

Виходячи з позиції Свіжої О.О. визначення правової природи дитячого будинку сімейного типу можна розглянути як назване батьківство, відносини між батьками та дітьми прирівнюються до кровноспоріднених (включає два підвиди: усиновлення та фактичне виховання); – державне піклування, відносини між батьками (вихователями) та дітьми (вихованцями) прирівнюються до відносин «вихователь-вихованець»; – змішаний вид влаштування осіб, встановлюються з метою забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки (включає підвиди – опіку та піклування); – професійне (фостерне) виховання – дитина-сирота або дитина, позбавлена батьківського піклування передається на виховання та проживання у сім'ю іншої особи до досягнення дитиною повноліття, за плату (включає підвиди – прийомну сім'ю, патронат) [6, с. 866].

Виходячи, з міжнародного законодавства, що, ратифіковано Україною, закріплює права дітей на життя, охорону здоров'я, соціальний захист і всебічний розвиток, та акцентується увага на забезпечення права дитини на виховання в сім'ї. Закон України «Про охорону дитинства» проголошує, що сім'я є природним середовищем для фізичного, духовного, інтелектуального, культурного, соціального розвитку дитини, її матеріального забезпечення і несе відповідальність за створення для цього належних умов, кожна дитина має право на проживання в сім'ї разом з батьками або в сім'ї одного з них та піклування батьків [7].

Отже, досвід існування дитячих будинків сімейного типу, їх правове регулювання тих правовідносин, що виникають у процесі створення та діяльності дитячого будинку сімейного типу, є досить недосконалим і потребує уточнення. Належне впорядкування нормативно-правової бази у питанні регулюванні функціонування дитячих будинків сімейного типу сприятиме захисту прав і законних інтересів усіх суб'єктів дитячого будинку сімейного типу, а особливо, батьків-вихователів та вихованців.

Література

1. Як створити дитячий будинок сімейного типу: вимоги до батьків-вихователів URL: <https://sirotstvy.net/ua/tips-professionals/lawyer/yak-stvoryty-dytyachyy-budynok-simeynogo-typu-vymogy-do-bat%60kiv-vykhovateliv/>
2. Положення про дитячий будинок сімейного типу. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/>
3. Дитячі будинки сімейного типу URL: <https://voladm.gov.ua/article/dityachi-budinki-simeynogo-tipu/>

4. Євко В.Ю. Правова природа договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу *Університетські наукові записки*. №3. 2009. С. 67 – 73.
5. Султанова Н.В. Перспективи реформування інституційних форм утримання та соціального виховання дітей в Україні XXI століття. *Збірник наукових праць. Педагогічні науки*. Вип. XXX 2. 2017. С.51-56.
6. Свіжа О.О. Дитячий будинок сімейного типу в системі видів улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування. *Форум права* Вип.2. 2011. С.864-872.
7. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 № 8402-III // *Відомості Верховної Ради України*. 2018. №33. ст. 250.

Сучасні тенденції розвитку системи адміністративного права України

*Діхтієвський П.В., д.ю.н., професор
Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Для подальшого розвитку адміністративного права, як однієї із провідних галузей права в системі національного права, надзвичайно актуальним є питання, яке має принципове значення, щодо сучасних теоретичних підходів до розуміння системи адміністративного права України, які сформувалися у адміністративно-правовій науці впродовж тридцяти років розвитку незалежної української держави.

Загально визнаним в теорії права та науці адміністративного права є підхід, що галузь адміністративного права утворює певну внутрішньо організовану систему, яка об'єднує відносно самостійні складові інститути та підгалузі адміністративного права, що складаються із відповідних адміністративно-правових норм.

Ми підтримуємо позицію академіка В. Авер'янова, щодо системи адміністративного права. Система адміністративного права передбачає внутрішню єдність цієї правової галузі, яка відбиває послідовне розміщення і взаємозв'язок її структурних елементів (частин) – підгалузей права і правових інститутів, що складаються з певних сукупностей однорідних норм.

Таким чином, система адміністративного права – це внутрішня єдність галузі адміністративного права України, що визначає послідовне розміщення і взаємозв'язок її структурних елементів (частин) – адміністративно-правових інститутів і підгалузей адміністративного права, які складаються з певних сукупностей однорідних адміністративно-правових норм. Сфера впливу адміністративного права наповнює юридичну матерію публічної влади для захисту прав, свобод і законних інтересів приватних осіб, забезпечення публічного інтересу держави та суспільства.

Нині в юридичній науці, серед українських вчених-адміністративістів продовжуються наукові дискусії щодо системи сучасного адміністративного права, які стосуються трьох основних теоретичних підходів до розуміння системи сучасного адміністративного права: 1) система адміністративного права складається із загальної та спеціальної частин; 2) система адміністративного права складається із «Загального адміністративного права» та «Особливого адміністративного права»; 3) система адміністративного права складається із «Загального адміністративного права», «Особливого адміністративного права» та «Спеціального адміністративного права».

Перший теоретичний підхід до розуміння системи адміністративного права, щодо поділу адміністративного права на загальну та спеціальну частини був домінуючим у радянській адміністративно-правовій науці. Він базується на положеннях КУПАП, що поділяється на «загальну» та «особливу» частини.

Другий теоретичний підхід щодо поділу адміністративного права на загальне й особливе адміністративне базується на сучасній європейській концепції адміністративного права [1]. На думку сучасних українських учених-адміністративістів, прихильників даної концепції системи адміністративного права, уся сукупність норм адміністративного права поділяється на загальні та особливі норми адміністративного права, які утворюють,

відповідно, Загальне адміністративне право та Особливе адміністративне право. Загальне адміністративне право складається з інститутів адміністративного права: принципів адміністративного права; джерел адміністративного права; суб'єктів публічної адміністрації; суб'єктивних публічних прав приватних осіб; адміністративних актів публічної адміністрації; публічного майна; позасудового захисту прав і свобод приватних осіб, порушених суб'єктами публічної адміністрації [2, с. 71-72].

Особливе адміністративне право, що формується в процесі трансформації Особливої частини українського адміністративного права, утворюють адміністративні норми, які регулюють засади реалізації публічного управління в окремих сферах суспільного життя, а саме: управління економікою, промисловістю, агропромисловим комплексом; управління в соціально-культурній галузі (освіта і наука, культура, охорона здоров'я тощо); управління у сфері адміністративно-політичної діяльності (управління внутрішніми справами, управління юстицією, управління національною безпекою, управління обороною) [3, с. 18].

Прихильники третього теоретичного підходу до системи адміністративного права виділяють Загальне й Особливе адміністративне право, а також Спеціальне адміністративне право. На їх думку, до змісту Спеціального адміністративного права включається специфіка публічного адміністрування (управління) в певних сферах суспільного життя, які не мають ознак підгалузі адміністративного права. Це публічне адміністрування у галузях культури, економіки, освіти, оборони, соціального забезпечення, екології, юстиції, охорони здоров'я, правоохоронної діяльності, спорту, фінансів та ін., які у свою чергу поділяються на окремі сфери та сектори [4, с. 42]. На наше переконання, такий підхід до визначення системи адміністративного права, є надзвичайно дискусійним, оскільки складно визначити критерії розмежування Особливого та Спеціального адміністративного права.

Підтримуючи концепцію щодо поділу адміністративного права на Загальне й Особливе адміністративне право, зазначимо, що із поглядів сучасної адміністративно-правової науки, що ґрунтуються на європейських підходах до системи адміністративного права, норми адміністративного права, через які здійснюється регулювання суспільних відносин у відповідних сферах взаємодії публічної адміністрації та приватних осіб, утворюють окремі підгалузі, що формують систему Особливого адміністративного права, яка має замінити Особливу частину адміністративного права. Поділ Особливого адміністративного права на підгалузі максимальною мірою відповідає структурі адміністративного права, що має складатися не з інститутів управління, а з інститутів та підгалузей права [5, с. 313]. Система Особливого адміністративного права визначається і має будуватися відповідно до напрямів діяльності органів публічної влади, публічної адміністрації, що зазначені в Конституції України та визначають перелік обов'язків (функцій) публічної адміністрації щодо забезпечення публічного інтересу. Порядок реалізації кожної з таких функцій публічної влади, а отже, регулювання відносин, що будуть виникати в цій сфері публічного управління між публічною адміністрацією та приватними особами, відносин усередині публічної адміністрації, а також між останньою та іншими суб'єктами публічного права має здійснюватися за рахунок окремої підгалузі Особливого адміністративного права [5, с. 327–328].

У такому разі Особливе адміністративне право набуває значення поліструктурного правового утворення, яке починає регулювати адміністративно-правові відносини, що виникають між публічною адміністрацією та приватними особами в чітко визначених сферах суспільного життя [6, с. 326], з метою задоволення публічного інтересу.

Слід зазначити, що ця концепція системи адміністративного права підтверджена науковими працями українських учених-адміністративістів, які доводять існування в межах Особливого адміністративного права як складного поліструктурного правового утворення різних галузей та підгалузей права: адміністративного процедурного права [7], адміністративно-господарського права [8], адміністративно-спортивного права [9], міграційного права [10], військово-адміністративного права [11].

Вченимив межах Особливого адміністративного права, яке є поліструктурним

утворенням, виділяються базові або основні підгалузі, необхідність існування яких зумовлена вимогами Конституції України, і до яких відносять адміністративно-господарське, муніципальне, поліцейське, службове, соціальне, адміністративно-культурне, адміністративно-деліктне, адміністративно-будівельне, адміністративно-телекомунікаційне, атомне право, право соціального забезпечення, право охорони навколишнього природного середовища [2, с. 72].

Слід зазначити, що перелік підгалузей Особливого адміністративного права на сьогодні є відкритим і залежить від функцій, які реалізує публічна адміністрація [2, с. 72] та завдання які виникають перед органами публічної влади в процесі розвитку суспільства, проведення реформ та розвитку нових суспільних відносин.

Розвиток і виділення в системі адміністративного права нових галузей (підгалузей) права пов'язаний з розвитком та диференціацією суспільних відносин в українському суспільстві й державі, виникненням нових об'єктів правового регулювання у сфері публічного управління, розвитком спеціального законодавства тощо. Докорінні зміни, що нині відбуваються в усіх сферах суспільного життя (політичній, економічній, соціальній, культурній, безпековій, оборонній) нашої держави, активний розвиток суспільних відносин у сфері публічного управління безпосередньо впливають на таку галузь публічного права, як адміністративне право, формування в межах Особливого адміністративного права нових підгалузей права.

Таким чином, подальший розвиток системи адміністративного права, формування галузей (підгалузей) Особливого адміністративного права зумовлений подальшим розвитком українського суспільства і держави, відбуватиметься в процесі розвитку суспільних відносин у сфері публічного управління зумовлених переглядом завдань публічної влади щодо забезпечення публічного інтересу, реалізації прав громадян.

Література

1. Kahl A., Weber K. Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien: Facultas, 2017. 364 s.
2. Загальне адміністративне право: підручник / Гриценко І. С., Мельник Р. С., Пухтецька А. А. та ін.; за заг ред. І. С. Гриценка. Київ :Юрінком Інтер, 2015. 568 с.
3. Колпаков В. К., Кузьменко О. В. Адміністративне право України: підручник. Київ :Юрінком Інтер, 2003. 544 с.
4. Адміністративне право України. Повний курс: підручник / В. Галунько, П. Діхтієвський, О. Кузьменко та ін.; за ред. В. Галунька, О. Правоторової. Видання третє. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2020. 584 с.
5. Мельник Р. С. Система адміністративного права України : монографія. Харків : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2010. 398 с.
6. Мельник Р. С. Система адміністративного права : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2010. 417 с.
7. Миколенко О. І. Місце адміністративного процедурного права в системі юридичних знань та системі права України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Запоріжжя, 2011. 44 с.
8. Петров Є. В. Адміністративно-господарське право як підгалузь адміністративного права України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Харків. 2012. 417 с.
9. Моргунов О. А. Адміністративно-спортивне право як підгалузь адміністративного права України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2012. 207 с.
10. Цекалова Н. І. Міграційне право у системі адміністративного права : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2016. 239 с.
11. Пашинський В. Й. Забезпечення оборони України: адміністративно-правові аспекти: монографія [Текст]. Київ: ФОП Маслаков, 2018. 408 с.

Адміністративні стягнення в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху: реалії та перспективи

*Доненко В.В., д.ю.н., доцент
Університет митної справи та фінансів*

Соціально-політичні зміни в Україні та нові пріоритети державотворення, в основу яких покладено примат забезпечення прав і свобод людини і суспільства в цілому, стимулюють вітчизняну юридичну науку до пошуку нових форм забезпечення потреб суспільства правовими засобами. Одним із наріжних шляхів активізації процесу переходу від застарілих і архаїчних дослідницьких моделей до інноваційних є створення нової наукової адміністративно-правової доктрини, яка б враховувала принципові зміни у погляді на суспільне призначення адміністративного права, розуміння його як права забезпечення і захисту прав людини [1, с. 6]. Складна ситуація на автошляхах проявляється в тому, що кожні 3 хвилини трапляється дорожньо-транспортна пригода, у яких кожні 15 хвилин травмувалася особа, а кожні 3 години гинула. В цілому в Україні у 2020 році було скоєно 168 тис. дорожньо-транспортних пригод [2].

Тому з аналіз чинного законодавства в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, а також практика його застосування свідчать про необхідність його удосконалення через переосмислення значення інституту адміністративної відповідальності за порушення правил дорожнього руху.

Чинні адміністративні стягнення за правопорушення в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення відповідно до якого можуть застосовуватись такі адміністративні стягнення: попередження; штраф; оплатне вилучення предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення – оплатне вилучення транспортного засобу; конфіскація: предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення; позбавлення спеціального права, наданого даному громадянину – права керування транспортними засобами, адміністративний арешт.

З урахуванням того, що найбільш небезпечні правопорушення розглядаються місцевими загальними судами, звернемо увагу на результати судової практики за 2020 рік. Упродовж 2020 р. на розгляді місцевих загальних судів перебувало 335 тис. (309 тис.) справ про порушення Правил дорожнього руху (далі – Правила), що на 8,3 % більше порівняно з 2019 р.; їх частка від загальної кількості справ про адміністративні правопорушення, що перебували на розгляді місцевих загальних судів, також збільшилась і становила 39,7 % (37,1%) [3].

Зокрема, на підтвердження попередньої тези у структурі всіх справ про адміністративні правопорушення, що надійшли на розгляд до місцевих загальних судів, найбільшу частку становили: 1) справи про порушення правил дорожнього руху, що спричинило пошкодження транспортних засобів, вантажу, автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів, дорожніх споруд чи іншого майна – ДТП(ст. 124 КУпАП), – 17,1 % (19%) від усіх справ про адміністративні правопорушення, що надійшли на розгляд, або 144 тис. таких справ та 2) справи про вчинення правопорушень, пов'язаних із керування транспортними засобами або суднами особами, які перебувають у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції (ст. 130 КУпАП) – 16,3 % (17,4 %), або 138 тис. справ [4].

За порушення Правил дорожнього руху місцеві загальні суди застосували різні види стягнень до 210 тис. (192 тис.) правопорушників, або 48,5 % (47,3 %) від усіх осіб, на яких накладено адміністративне стягнення. Найпоширенішим видом серед адміністративних стягнень, застосованих до осіб за порушення Правил дорожнього руху, був штраф. Так, у 2020 р. оштрафовано 206 тис. (189 тис.) осіб, що на 9 % більше; проте їх частка від кількості всіх осіб, на яких накладено адміністративне стягнення за порушення Правил, залишилася майже на рівні попереднього року – 98,1 % (98,2 %). Загальна сума накладеного штрафу становила 1 млрд 138 млн 750 тис. грн (944 млн 241 тис. грн), із яких добровільно сплачено

180 млн 63 тис. грн, або 15,8 % (18,2 %) від суми накладеного. Позбавлення права керування транспортними засобами (як основний, так і додатковий вид адміністративного стягнення) за грубе або повторне, або за систематичне порушення порядку користування цим правом застосовано до 74 тис. (66 тис.) осіб, або 35,4 % (34,5 %) від тих осіб, на яких накладено адміністративне стягнення за порушення Правил дорожнього руху. Зазначене свідчить про достатню ефективність таких видів адміністративних стягнень як штраф та позбавлення права керування транспортними засобами. В той час, слід констатувати про недостатнє використання ресурс адміністративного арешту, платного вилучення транспортного засобу та попередження. Так, адміністративний арешт за порушення Правил дорожнього руху призначено 206 (293) особам, або 0,1 % (0,2 %), а платне вилучення транспортного засобу у його власника застосовано до 225 (173) осіб, що більше на 30,1 % порівняно з 2019 р. Попередження винесено тільки 60 (21) особам (більше у 2,9 рази) [Там само].

Зазначене положення обумовлено наступним. По-перше, Кодекс України про адміністративну відповідальність несе в собі ресурс неіснуючої держави з 1984 року і має бути змінений з урахуванням вимог сьогодення, розвитку доктрини адміністративного права; по-друге, всі зміни та доповнення, які наразі вносяться мають здійснюватися з можливістю їх застосування у новому кодифікованому акті; по-третє, скасування штрафних балів як складової автоматичної фіксації порушень правил дорожньої руху є помилкою, яка обумовлена з одного боку відсутністю єдиної концепції розвитку адміністративно-деліктного законодавства, а з іншого продовженням суто каральної політики держави щодо порушників правил дорожнього руху [5, с. 119-121]; по-четверте, окремої уваги заслугоує вивчення ефективності застосування: а) попередження (винесено 60 особам) (яке застосовується фактично як виключення за інші порушення правил дорожнього руху (ст. 125 КУпАП), б) платного вилучення транспортного засобу (225) та адміністративного арешту (206) на фоні тільки 168 тисяч дорожньо-транспортних пригод; по-п'яте, має запроваджуватися додатковий потенціал можливого впливу за вчинення окремих порушень у сфері забезпечення дорожнього руху. Наприклад, у ст. 317-1 КУпАП було виключено положення про необхідність проходження перевірки на знання Правил дорожнього руху після закінчення строку позбавлення права на керування транспортним засобом. В той же час, у статті 39-1 Направлення на проходження програм для особи, яка вчинила домашнє насильство чи насильство за ознакою статі У разі вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі суд під час вирішення питання про накладення стягнення за адміністративне правопорушення має право одночасно вирішити питання про направлення особи, яка вчинила домашнє насильство чи насильство за ознакою статі, на проходження програми для таких осіб, передбаченої Законом України "Про запобігання та протидію домашньому насильству" чи Законом України "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків". Такі програми слід впроваджувати для осіб, які керували транспортним засобом у стані сп'яніння [6].

Література

1. Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. К.: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. 668 с.
2. Звіт Національної поліції України про результати роботи у 2020 році. URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/17-civik-2018/zvit2020/npu-zvit-2020>.
3. Аналіз стану здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення у 2020 році. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Analiz%20statistika%20\(kriminal\)%202020](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Analiz%20statistika%20(kriminal)%202020).
4. Статистичний звіт ДСА форми № 1-п «Звіт судів першої інстанції щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення». URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2020

5. Доненко В.В. Становлення публічного адміністрування в сфері безпеки дорожнього руху: до питання скасування штрафних балів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 2. С. 119–121

6. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7.12.1984 № 8074-10. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1985. №17. Ст. 415

Адміністративний акт як інструмент діяльності публічної адміністрації у сфері формування інфраструктури населеного пункту

Дорохіна Ю.А., д.ю.н., професорка

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Традиційно систему інструментів публічного адміністрування розглядають як сукупність нормативних актів; адміністративних актів; адміністративних договорів; планів здійснення державної та регіональної політики; фактичній дій [1, с. 144].

Адміністративний акт відноситься до системи інструментів діяльності суб'єктів публічного управління, за умови спрямування його дії на конкретних суб'єктів адміністративного права, в чому виявляється його індивідуальний характер нормативного регулювання.

Одним із перших в межах вітчизняної науки проблематику встановлення категорії «адміністративний акт», яка відноситься до сфери дискусійних питань, визначив як актуальну В.П. Тимошук, який обстоював позицію щодо необхідності її розуміння у широкому значенні – до системи адміністративних актів відносились як нормативні акти, так і індивідуальні акти, а також дії та результати дій [2].

Адміністративні акти наділені такими ознаками, як: їх спрямування на забезпечення прав та свобод приватної особи у сфері здійснення публічно-владних функцій держави, що визначає каузальний характер їх впливу; необхідність дотримання встановленої чинним законодавством процедури, форми та обсягу правосуб'єктності суб'єкта владних повноважень, що його ухвалює, що має безпосередній зв'язок із дотримання вимог чинності адміністративного акта; їх застосування з метою врегулювання індивідуальної справи, що не виключає можливості їх триваючої у часі реалізації; забезпечення можливості оскарження їх змісту, процедури ухвалення, що означає необхідність дотримання вимог прозорості та відкритості здійснення функцій публічного управління.

Припинення дії адміністративних актів у зв'язку з виконанням вимог, які в ньому містяться, за своєю юридичною природою є аналогічним до припинення цивільного зобов'язання в зв'язку з його виконанням, проте, в цивільному законодавстві чітко визначено правові наслідки виконання цивільного зобов'язання, натомість в адміністративному законодавстві юридичні наслідки виконання вимог, які містяться в індивідуальних адміністративних актах, не визначено, хоча сама можливість вчинення таких дій передбачена [3].

Так, пунктом 4 статті 28 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» передбачено, що розміщення тимчасових споруд для провадження підприємницької діяльності здійснюється в порядку, встановленому центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері містобудування.

Зазначений Порядок розміщення тимчасових споруд для провадження підприємницької діяльності затверджено наказом Міністерства регіонального розвитку та житлово-комунального господарства України від 21.10.2011 №244 [4]. Відповідно до пункту 2.31 цього Порядку розміщення тимчасових споруд самовільно забороняється. Пунктом 2.30 Порядку також передбачає, що у разі закінчення строку дії, анулювання паспорта прив'язки, самовільного встановлення тимчасових споруд така тимчасова споруда підлягає демонтажу.

Зокрема у постанові Верховного Суду від 13 листопада 2018 року у справі №760/858/15-а [5] вказано, що згідно частини першої статті 16 Закону України «Про рекламу» розміщення зовнішньої реклами у населених пунктах проводиться на підставі дозволів, що надаються виконавчими органами сільських, селищних, міських рад, а поза

межами населених пунктів – на підставі дозволів, що надаються обласними державними адміністраціями, а на території Автономної Республіки Крим – Радою міністрів Автономної Республіки Крим, в порядку, встановленому цими органами на підставі типових правил, що затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Розміщення зовнішньої реклами у межах смуги відведення автомобільних доріг здійснюється відповідно до цього Закону на підставі зазначених дозволів, які оформляються за участю центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері дорожнього господарства та управління автомобільними дорогами, або їх власників та центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері безпеки дорожнього руху.

У пунктах 23, 24, 28 Типових правил розміщення зовнішньої реклами, затверджених постановою Кабінет Міністрів України № 2067 від 29 грудня 2003 року, передбачено, що дозвіл надається строком на п'ять років, якщо менший строк не зазначено у заяві.

Виданий у встановленому порядку дозвіл є підставою для розміщення зовнішньої реклами та виконання робіт, пов'язаних з розташуванням рекламного засобу. У разі зміни містобудівної ситуації, проведення реконструкції, ремонту, будівництва на місці розташування рекламного засобу, які зумовлюють необхідність зміни місця розташування рекламного засобу, робочий орган у семиденний строк письмово повідомляє про це розповсюджувача зовнішньої реклами. У десятиденний строк з початку зміни містобудівної ситуації, реконструкції, ремонту, будівництва робочий орган надає розповсюджувачу зовнішньої реклами інформацію про інше рівноцінне місце. У разі досягнення згоди щодо нового місця розташування рекламного засобу вносяться зміни у дозвіл.

Рішення про затвердження схеми оформлення міського середовища засобами зовнішньої реклами визнається рішенням про зміну містобудівної ситуації стосовно певного об'єкта.

При впровадженні пооб'єктних схем оформлення міського середовища засобами зовнішньої реклами ті існуючі рекламні засоби, які не зазначені в цих схемах, підлягають демонтажу силами розповсюджувача зовнішньої реклами. У разі невиконання такого демонтажу КП «Адміністративно-технічне управління» має право демонтувати рекламних засіб у примусовому порядку відповідно до порядку демонтажу та зберігання рекламних засобів, затвердженого рішенням виконавчого комітету міської ради.

Разом з тим у постанові від 10 серпня 2020 року у справі № 161/13062/18 Верховний Суд підкреслив, що демонтаж самовільно розміщених тимчасових споруд є крайнім заходом, якому має передувати вжиття уповноваженим суб'єктом інших заходів реагування, націлених на достеменно встановлення порушення в галузі благоустрою населених пунктів, його припинення та ліквідацію наслідків, якщо такі є [6].

У ч. 1 ст. 38 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» зазначається, що у разі виявлення факту самочинного будівництва об'єкта, перебудова якого з метою усунення істотного відхилення від проекту або усунення порушень законних прав та інтересів інших осіб, істотного порушення будівельних норм є неможливою, посадова особа органу державного архітектурно-будівельного контролю видає особі, яка здійснила (здійснює) таке будівництво, припис про усунення порушень вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм, державних стандартів і правил з визначенням строку для добровільного виконання припису [7].

Отже, адресат припису суб'єкта владних повноважень, може добровільно виконати вимоги, які в ньому містяться (тобто вчинити певні дії, визначені цим актом). Хоча в вищенаведених нормативних актах про це не зазначається, проте цілком логічно можна припустити, що в такому випадку цей акт припинить свою дію у зв'язку з його фактичним виконанням [8].

Література

1. Адміністративне право України. Повний курс : підручник. Галунько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. 466 с.

2. Тимошук В. П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення. К. : «Конус-Ю», 2010. С. 15.
3. Мандюк О.О. Індивідуальні адміністративні акти: теорія та практика застосування дис. ... канд. юрид. Н., 2017, 214 с. URL: file:///C:/Users/dysertaciyanazdobuttyanaukovogostupenyakandydtayurydychn_yhnauk.pdf.
4. Порядок розміщення тимчасових споруд для провадження підприємницької діяльності затверджено наказом Міністерства регіонального розвитку та житлово-комунального господарства України від 21.10.2011 №244. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1330-11#Text>.
5. Постанова Верховного Суду від 13 листопада 2018 року у справі №760/858/15-а URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77827946>.
6. Постанова Верховного Суду від 10 серпня 2020 року у справі № 161/13062/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90899013>.
7. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17 лютого 2011 р. № 3038-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 34. Ст. 343.
8. Мілієнко О.А. Припинення адміністративних актів: окремі питання правозастосування. URL: http://www.lsej.org.ua/2-2_2020/13.pdf.

Римський статут і Кримінальний кодекс України: проблеми гармонізації

Дудоров О.О., д.ю.н., професор

Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка

Проблема ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – РС МКС), яка час від часу збуджує вітчизняні політикум, громадськість та експертне середовище, невіддільна від політичної кон'юнктури. І це добре ілюструє, наприклад, той загальновідомий факт, що такі потужні гравці світової політики, як США, Китай, РФ, Ізраїль, Індія (зрозуміло, що кожна країна по-своєму сформулювала відповідний привід), не підписали та (або) не ратифікували РС, не бажаючи відмовлятися (навіть частково) від свого суверенітету. Як відомо, РФ відізнала свій підпис під РС у відповідь на те, що прокурор МКС в одному зі своїх щорічних звітів входження Криму до складу РФ назвав рівнозначним озброєному конфлікту між РФ та Україною. Щоб там не казали, але РФ у протистоянні з Україною не гребує і маніпулюванням міжнародного права, і беруть в цьому участь і російські фахівці з міжнародного кримінального права, з деякими з яких у нас свого часу склалися цілком пристойні ділові і людські стосунки. Показово і те, що окремі сучасні автори (причому це не обов'язково німці, японці і серби) називають діяльність Нюрнберзького і Токійського трибуналів правосуддям переможців у другій світовій війні (бо співвітчизники суддів скоювали злочини, подібні до діянь підсудних), а діяльність міжнародних трибуналів ad hoc (по колишній Югославії та Руанді) – кращими зразками вибіркового правосуддя.

У контексті ратифікації РС можна дискутувати і щодо низки інших складних питань, які так само безпосередньо не пов'язані з кримінально-правовою матерією, а саме щодо: 1) ефективності діяльності МКС, тенденційно зіставляючи кількість ухвалених вироків, з одного боку, і грошей, витрачених на утримання цього суду, з іншого; 2) конституційності заяв нашого парламенту від 25 лютого 2014 р. і від 4 лютого 2015 р. про визнання Україною юрисдикції МКС щодо скоєння певних злочинів, коли Україна вирішили скористатись механізмом, описаним у ст. 12 РС; 3) потрібності (чи непотрібності) для ратифікації РС перегляду Конституційним Судом України свого висновку 2001 р.; 4) користі (шкідливості) ратифікації РС для захисту національних інтересів України.

Водночас проблема ратифікації РС актуалізує потребу вдосконалення КК України (передусім розділу XX його Особливої частини, який наразі має назву «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»). До слова відповідна тематика до трагічних подій на Сході України турбувала вітчизняних правників більше теоретично і світоглядно (зокрема, в контексті ставлення до міжнародного

кримінального права як частини культурної спадщини людства, що втілює уявлення людства про зло в його крайніх проявах, – про зло, перед яким безсильні не лише окремі люди, а й окремі держави). Тут слід зробити застереження, пов'язане з поняттям міжнародного кримінального права і потребою професійного ставлення до цієї специфічної складової міжнародного публічного права, яка має свої предмет, систему, принципи, коло джерел і, до речі, включає в себе й потужну процесуальну складову, що традиційно не притаманне галузям вітчизняного права. Усього один штрих з цього приводу: усталена для нас (вітчизняних криміналістів) формула *nullum crimen sine lege* в контексті міжнародного кримінального права одержала модифікацію *nullum crimen sine iura*.

Міжнародне кримінальне право в його вузькому сенсі – це сукупність правових норм, що забороняють злочини агресії, геноциду, воєнні злочини та злочини проти людяності. Відповідно до РС МКС уповноважений переслідувати в основному саме такі злочини (роблю таке застереження через необхідність запровадження в обіг поняття злочинів проти засад відправлення міжнародного правосуддя). Через таку обмеженість юрисдикції для науковців, які опікуються питаннями кримінального права України, РС означає такий собі обмежений ресурс, стосуючись передусім і головним чином згаданого вище (завершального) розділу Особливої частини нашого КК. Відповідні кримінально-правові заборони носять чітко виражений бланкетний характер, відсилаючи до «права Женеви», «права Гааги» та інших доволі специфічних та об'ємних складових міжнародного гуманітарного права.

У пояснювальній записці до законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» (№ 9438 від 20 грудня 2018 р. – попередник законопроекту № 2689 від 27 грудня 2019 р.) чітко зафіксовано статус-кво, який виник після Другої світової війни: міжнародне кримінальне право є автономним (самостійним) правовим масивом, який існує незалежно від національних кримінально-правових систем і здатен сама по собі бути критерієм злочинності діянь. Як на мене, неусвідомлення або несприйняття цього вихідного (якщо хочете – методологічного) положення значною мірою пояснюють жорсткість і нерідко не конструктивність триваючих дискусій щодо змісту і долі відповідних законопроектів. Далі специфіку міжнародного кримінального права, яку при формулюванні пропозицій *de lege ferenda* не варто ігнорувати, і тезу про дотичність проблематики міжнародного кримінального права до національного кримінального права спробую продемонструвати на прикладі класичної внутрішньої («домашньої») кримінальної проблеми, яка, на перший погляд, жодним чином не стосується проблематики РС.

Частини четверті статей 152 і 153 КК України, викладених у редакції Закону від 6 грудня 2017 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» (далі – Закон від 6 грудня 2017 р.), передбачають відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років. Це – не лише аналог притаманного англо-американській правовій системі статутного згвалтування, а й втілення у правову систему України європейського концепту «вік сексуальної згоди». Вади формулювань частин четвертих статей 152 і 153 КК України вже висвітлювались автором цих рядків [1, с. 114–117]. В аспекті ж проблематики цих тез інтерес викликає та обставина, що міжнародне кримінальне право в його різних складових підходить до врахування «віку сексуальної згоди» неоднаково.

Виявляється, що міжнародне договірне (конвенційне, транснаціональне) право в сфері протидії злочинності містить прямі (текстуальні) згадки про такий вік (передусім йдеться про ст. 18 Конвенції РС про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (Лансаротська конвенція; ратифікована Україною 20 червня 2012 р.). Натомість міжнародне кримінальне право у вузькому сенсі обходить розглядуване питання мовчанням. У ст. 7(1)(g) РС перераховуються такі форми сексуального насильства, як згвалтування, сексуальне рабство, примус до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація, інші

форми сексуального насильства співмірної тяжкості. В Елементах злочинів, прийнятих Підготовчою комісією для МКС 30 червня 2000 р. (далі – Елементи злочинів), конкретизується, що вказані прояви сексуального насильства характеризуються застосуванням сили або погрози силою, або примусу, викликаного, наприклад, страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою, або використанням обстановки, яка характеризується примусом, або вчиненням діяння щодо особи, не здатної дати згоду, яка б виражала її справжню волю. Помітно, що в цьому розлозі перелікові немає прямої згадки про вчинення сексуального насильства щодо особи, яка не досягла віку згоди на зайняття діяльністю сексуального характеру. Так само не згадується «вік сексуальної згоди» у рішеннях міжнародних кримінальних трибуналів, найбільш знакових для розуміння сексуального насильства як різновидів злочину проти людяності, воєнного злочину чи геноциду.

Водночас формулювання «особа, не здатна дати згоду, яка б виражала її справжню волю» не виключає того, що неспроможність особи виразити волю на сексуальне спілкування може бути зумовлена малолітнім віком особи. Адже в Елементах злочинів зроблено застереження про те, що згадана неспроможність може зумовлюватись природною, штучно викликанною або віковою недієздатністю. Таким чином, ігноруючи нормативну презумпцію, якою є положення про «вік сексуальної згоди», міжнародне кримінальне право у вузькому сенсі зміщує акцент у бік того, що підставу кримінальної відповідальності за сексуальне насильство створює фактична неспроможність дитини висловити за конкретних обставин згоду на участь у діяльності сексуального характеру [2, с. 78–79]. І такий підхід нагадує традиційне для вітчизняної судової практики положення про психічну безпорадність, за якої особа не розуміє характер і значення вчинюваних щодо неї дій. Виходить, що наведений міжнародно-правовий досвід слугує зайвим аргументом на користь відмови від прямого (текстуального) відображення у КК України концепту «вік сексуальної згоди».

Ст. 152 КК України, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р., як на криміноутворювальну ознаку вказує (за винятком ч. 4 цієї статті) не на конкретний спосіб, а на недобровільність – відсутність вільного волевиявлення потерпілої особи на проникнення в один із трьох її природних отворів. Вагінальне, анальне або оральне проникнення в тіло іншої особи визнається зґвалтуванням як у тому разі, коли воно поєднується із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи, так і в інших випадках відсутності її добровільної згоди на таке проникнення. Втілений законодавчий підхід до визначення зґвалтування, як відомо, бере до уваги позицію ЄСПЛ [1, с. 112]. Цікаво, що подібний (широкий) підхід до розуміння зґвалтування обстоє і МКС по колишній Югославії: акт сексуального проникнення визнається зґвалтуванням, якщо він супроводжується примусом, силою або погрозою застосування сили щодо жертви або третьої особи, а так само якщо мають місце інші фактори, які роблять акт неконсенсуальним або недобровільним з боку жертви. Тобто ключовим критерієм у цьому разі виступає відсутність згоди або добровільної участі жертви [3, с. 7].

Таким чином, якщо творчо і фахово підходити до проблематики РС та інших джерел міжнародного кримінального права в його вузькому розумінні, то можна відшукати цікаві аргументи на користь розв'язання зловбодених «внутрішніх» кримінально-правових проблем, які безпосередньо не стосуються злочинів агресії, геноциду, воєнних злочинів і злочинів проти людяності.

В юридичній літературі України (праці К.П. Задої, С.П. Кучевської, С.М. Мохончука та ін.) переконливо доведено неприйнятність застосування конструкцій складів «загально-кримінальних злочинів» для приведення КК України у відповідність до РС у частині регламентації відповідальності за міжнародні злочини. І ця відмінність вкотре сигналізує про автономність відповідних правових систем. Звідси, серед іншого, випливає, що текстуальна неузгодженість проектів статей розділу XX Особливої частини КК України, які так чи інакше відбивають проблему сексуального насильства як різновидів (складових) злочинів проти людяності, воєнних злочинів або геноциду, зі статтями розділу IV Особливої частини КК

України «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості» не може вважатись вадою відповідних законопроектних напрацювань. Головне – змістовна (сутнісна) відповідність останніх положенням міжнародного кримінального права у вузькому сенсі, передусім відображеним у РС, деталізованим в Елементах злочинів, а так само у рішеннях міжнародних кримінальних судів. Так, за інформацією М.В. Піддубної, найбільшу роль у встановленні відповідальності за такий військовий злочин, як зґвалтування та інші дії сексуального характеру, відіграли рішення міжнародних трибуналів щодо Руанди та колишньої Югославії. У цих рішеннях зроблено висновок про те, що сексуальне насильство не лише може утворювати склади різних міжнародних злочинів (таких, як військові злочини чи злочини проти людяності), а й бути частиною катування, нанесення тяжкого тілесного ушкодження чи інших діянь [4, с. 191–192].

До того ж чинним редакціям статей розділу IV Особливої частини КК України частково притаманна невизначеність, перенесення якої в текст поліпшеного розділу XX Особливої частини КК України видається вкрай небажаним. Наприклад, у ч. 1 ст. 152 КК України зґвалтування визначається як вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи. Більш зрозумілим і водночас змістовно адекватним замінником цього доволі неоднозначного звороту (до слова майже механічно (дослівно) запозиченого зі ст. 36 Стамбульської конвенції) видається формулювання «сексуальне проникнення у піхву, анальний отвір або рот потерпілої особи за допомогою частини тіла або предмета» (варіант: «акт сексуального характеру, який полягає у проникненні у піхву, анальний отвір або рот потерпілої особи за допомогою частини тіла або предмета»). Пропоновані формулювання виходять, зокрема, з того, що для оцінки скоєного як зґвалтування вимагається саме і тільки відповідне проникнення, а не ще якась додаткова дія (дії) сексуального характеру, як це впливає з не зовсім вдало оновленої ст. 152 КК України. Ці пропозиції, як видається, змістовно узгоджуються з розумінням зґвалтування за РС, наявність якого констатується тоді, коли виконавець посягнув на тіло особи, вчинивши діяння, в результаті якого можна говорити про проникнення, навіть незначне, в будь-яку частину тіла потерпілого або виконавця статевим членом або будь-яким предметом або будь-якою частиною тіла виконавця в анальний або генітальний отвір потерпілого.

Цікаво, що коло інших (відмінних від зґвалтування) форм сексуального насильства не має вичерпного переліку як за РС, так і в практиці міжнародних кримінальних судів. До іншого сексуального насильства відносять, зокрема торгівлю людьми з метою сексуальної експлуатації, насильницьку контрацепцію, сексуальні домагання на кшталт сексуального роздягання, насильницьку перевірку незайманості, примушування інших людей займатись сексом один із одним, примушування спостерігати за зґвалтуванням своїх близьких. Так, вироком Нюрнберзького трибуналу було підтверджено, що масовим убивствам представників єврейського народу (розстріли, використання газових камер тощо) завжди передувало віддання наказу роздягнутися. Фактично йдеться про примусове оголення чоловіків, жінок і дітей, що є окремим видом сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом. Розуміючи неспівмірність тяжкості злочинів примусового оголення і масових убивств, ми все ж маємо констатувати факт учинення цього виду сексуального насильства, пов'язаного із Другою світовою війною.

Згадана невичерпність покликана сприяти максимально ефективному захисту жертв сексуального насильства. З огляду на це, немає підстав відмовлятися від невичерпності переліку форм сексуального насильства при вдосконаленні розділу XX Особливої частини КК України. Тому не викликає заперечень підхід розробників законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (№ 2689 від 27 грудня 2019 р.), які до військових злочинів стосовно особи пропонують віднести умисне вчинення (заподіяння) у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом чи збройним конфліктом неміжнародного характеру

стосовно особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, зокрема, зґвалтування, сексуальної експлуатації, примусової вагітності, примусової стерилізації або будь-яких інших форм сексуального насильства (п. 8 ч. 2 ст. 438 КК України). Подібні невичерпні переліки сексуального насильства фігурують й у ст. 442 «Геноцид» і ст. 442-1 «Злочини проти людяності» КК України, викладених у редакції згаданого законопроекту.

Оцінюючи попередній законопроект («Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» (№ 9438 від 20 грудня 2018 р.)), Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України з-поміж іншого вказало на те, що набрання чинності Законом від 6 грудня 2017 р., яким були істотно змінені ознаки складів злочинів, передбачених статтями 152 КК (зґвалтування) і 153 КК (сексуальне насильство), потребує коригування відповідних положень законопроекту. Реагуючи на це зауваження, К.П. Задоя як один із професійних стейкхолдерів просування відповідних законопроектів слушно зазначав, що чинні (оновлені) редакції статей 152 та 153 КК України не можуть бути орієнтирами для пропонованого парламентськими експертами коригування, оскільки ці положення відзначаються серйозними техніко-юридичними і змістовними вадами. Відтак орієнтування на статті 152 та 153 КК України для цілей розуміння відповідних положень статей 437-1 та 438 КК України може призвести до неповного виконання міжнародно-правових зобов'язань щодо переслідування сексуального насильства як проявів злочинів проти людяності чи воєнних злочинів.

З іншого боку, притаманної міжнародному кримінальному праву в його вузькому розумінні невичерпності варто уникати в розділі IV Особливої частини КК України (тут, навпаки, треба вносити ясність у законодавчому порядку). Так, незважаючи на загалом виправданість законодавчої вказівки на вчинення будь-яких дій сексуального характеру (відображення багатоманітності сексуальних практик, відмінних від сексуального проникнення, дає змогу охопити найрізноманітніші девіантні форми сексуальної поведінки), формулювання кримінально-правової заборони, присвяченої сексуальному насильству, виглядає занадто універсальним (щоб не сказати – розпливчастим).

Таким чином, ратифікації РС має передувати (або ці процеси варто максимально узгодити) перегляд КК України (передусім, але не тільки розділу XX його Особливої частини) на відповідність нормам РС. Причому змін потребують і Загальна, й Особлива частини КК України. Варто розуміти і те, що ратифікація будь-якого міжнародно-правового документа, включаючи РС, не вирішить за Україну в особі її уповноважених органів злочинні кримінально-правові проблеми як на законодавчому, так і на правозастосовному рівнях. Ця очевидна теза, зокрема, цілком узгоджується з тим, що однією ж ключових засад діяльності МКС є компліментарність щодо національних органів правосуддя. Для представників же наукової спеціальності 12.00.08 проблематика РС вже не може перебувати на периферії їхніх професійних інтересів. Допомога правничої доктрини у розв'язанні позначених проблем могла б з-поміж іншого полягати у підготовці вітчизняного коментаря РС.

Література

1. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваіте, 2019. 288 с.
2. Дудоров О.О., Задоя К.П. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2019. Вип. 1. С. 75–94.
3. Глорія Гаджолі. Дискусія по гуманітарним вопросам: право, политика, деятельность. Сексуальное насилие в ситуации вооруженного конфликта: нарушение международного гуманитарного права и права прав человека. *Международный журнал Красного Креста* (2014). Том 96 (№ 894). 44 с. Выдержка из номера: «Sexual violence in armed conflict». URL: https://www.icrc.org/ru/download/file/27907/894_irrc_gaggioli_rus_web.pdf (дата звернення: 15.09.2020).

4. Піддубна М.В. Імплементация норм міжнародного кримінального права про воєнні злочини у Кримінальний кодекс України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2020. 260 с.

Фраудаторні правочини у цивільному праві України

Дудорова К.Б., к.ю.н., доцентка

Бердянський державний педагогічний університет

У Цивільному кодексі України (далі – ЦК) відсутнє визначення фраудаторного правочину. Натомість, як свідчить Єдиний державний реєстр судових рішень, протягом останніх чотирьох років цей термін можна зустріти у сотнях судових документів. З них ми вбачаємо, що фраудаторними є правочини, які вчинені боржниками на шкоду кредиторам. Поняття «фраудаторний правочин» не є новим для доктрини цивільного права. Інститут оспорювання правочинів, вчинених на шкоду кредиторам, був відомий ще римському праву.

Fraus creditorum (з *лат.* — на шкоду кредиторам) – це вчинення боржником правочинів, спрямованих на зменшення свого майна з метою приховати його від звернення стягнення кредиторів. У різні періоди розвитку цієї конструкції кредитори могли вимагати застосування таких заходів, як *interdictum fraudatorium*, *actio Pauliana*, *restitutio in integrum ob fraudem*. У часи Юстиніана оспорювання правочинів на шкоду кредиторам стало здійснюватись за допомогою *actio Pauliana* (позову Пауліана) [1].

Як стверджують фахівці з римського права І. Пухан і М. Поленак-Акімовська, згідно з приписами *actio Pauliana* позивач повинен був довести, що: 1) правочин, дію якого він оспорював, дійсно призвів до зубожіння боржника; 2) внаслідок укладеної угоди кредиторі була завдана шкода. Тобто якщо боржник і після зробленого зменшення майна залишався платоспроможним, позов відхилявся; 3) боржник вчинив оспорюваний правочин, усвідомлюючи той факт, що цим діє на шкоду кредиторі; 4) і контрагенту боржника було відомо те, що боржник вчиняє *in fraudem creditorum*. Коли кредиторі вдавалося довести існування зазначених обставин, виносилося рішення, яке мало на меті ліквідацію всіх збитків кредиторі, спричинених обманними діями боржника [2, с. 287]. З англійського слово «*fraudator*» перекладається як «шахрай», що також підкреслює недобросовісність дій особи, яка вчиняє фраудаторний правочин.

В українську судову практику розглядуваний термін запровадив суддя Верховного Суду (далі – ВС) В. Крат. Цивільна справа стосувалася недобросовісних дій фізичної особи, яка не виконала боргових зобов'язань за договором позики, а у період розгляду справи про стягнення боргу подарувала своїм дітям належне їй нерухоме майно, що спричинило неможливість виконання судового рішення про стягнення боргу через відсутність майна, на яке можна було б звернути стягнення. Дізнавшись про договір дарування, кредитор звернувся з позовом про визнання його фіктивним, укладеним з метою уникнення сплати боргу. Рішенням районного суду від 28.04.2016 р., підтриманим судом апеляційної інстанції та залишеним у силі постановою ВС від 14.02.2018 р., у задоволенні позову відмовлено з мотивів недоведення фіктивності договору. Суди послалися на дотримання сторонами вимог щодо чинності договору та відсутність головної ознаки фіктивного правочину – наміру створити правові наслідки, обумовлені спірним договором, оскільки подальші дії сторін свідчили про його виконання в натурі.

До постанови ВС суддя-доповідач В. Крат додав окрему думку. Він зазначив, що оспорена угода є фраудаторною, не відповідає законодавству щодо вимог добросовісності та є зловживанням правом щодо кредиторі та його майнових інтересів, а тому мала би бути визнана недійсною [3].

Окрема думка В. Крата, безсумнівно, вплинула на правосвідомість суддів, про що свідчить подальший розвиток судової практики. А рішення трьох інстанцій у вищезгаданій справі продемонстрували, що для захисту порушеного права особи від недобросовісних дій боржника недостатньо посилань на правила ст. 234 ЦК про фіктивний правочин. Адже угода, укладена на шкоду третім особам, не обов'язково повинна мати ознаки фіктивності.

Фраудаторний правочин може бути вчинений із наміром створити правові наслідки, але головна мета цієї угоди – завдати шкоди інтересам кредиторів. До зловживання правом особу спонукає бажання уникнути цивільної відповідальності.

Зауважу, що ЦК не містить спеціальної норми, яка б передбачала підставу для визнання недійсним фраудаторного правочину. За таких умов у позовній заяві доцільно посилатися на ст. 203 ЦК, що перелічує загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину. Зокрема, зміст правочину не може суперечити ЦК, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Згідно з ч. 3 ст. 13 ЦК не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

Можливість визнання недійсними правочинів, вчинених на шкоду кредиторам в окремих сферах, прямо передбачена низкою законів. Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 9 Закону України від 2 червня 2016 року «Про виконавче провадження» укладення правочину щодо майна боржника, який призвів до неможливості задовольнити вимоги стягувача за рахунок такого майна, є підставою для визнання такого правочину недійсним. Як бачимо, ця норма розрахована на ситуацію, що виникає на стадії виконання судового рішення. Водночас зазначений Закон не допомагає захистити права особи, якщо боржник примудрився відчужити своє майно до винесення рішення про стягнення шкоди (відшкодування збитків).

Положення ст. 42 Кодексу України з процедур банкрутства сприяють формуванню доктрини заборони/несприйняття нечесної та шахрайської поведінки, яка застосовується в судовій практиці у справах про банкрутство. Ст. 38 Закону України від 23 лютого 2012 року «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» використовується з аналогічною метою при неплатоспроможності банків.

Якщо ж недійсність односторонніх або двосторонніх правочинів, що укладені на шкоду кредиторам, прямо не передбачена законодавством, то вирішальну роль у правозастосуванні має відігравати позиція найвищої судової установи нашої держави.

Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) у своїй постанові від 3 липня 2019 року у справі № 369/11268/16-ц (провадження № 14-260цс19) зробила висновок про те, що позивач вправі звернутися до суду із позовом про визнання договору недійсним як такого, що направлений на уникнення звернення стягнення на майно боржника, на підставі загальних засад цивільного законодавства (п. 6 ст. 3 ЦК) і недопустимості зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК), та послатися на спеціальну норму, що передбачає підставу визнання правочину недійсним, якою може бути як підстава, передбачена ст. 234 ЦК, так і інша, наприклад, підстава, передбачена ст. 228 ЦК. ВП ВС також вказала на неприпустимість дій особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

ВС наголосив на тому, що однією із основоположних засад цивільного законодавства є добросовісність (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК), і дії учасників цивільних правовідносин мають бути добросовісними. Тобто вони мають відповідати певному стандарту поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення. Правопорядок не може залишати поза реакцією такі дії, які хоч і не порушують конкретних імперативних норм, але є очевидно недобросовісними та зводяться до зловживання правом. Отже, на думку ВП ВС, не виключається визнання недійсним договору, направлено на уникнення звернення стягнення на майно боржника, на підставі загальних засад цивільного законодавства (п. 6 ст. 3 ЦК) і недопустимості зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК) [4].

Загалом на сьогодні ВС виділив декілька підстав для визнання недійсним правочину як фраудаторного: 1) правочин вчинено боржником після відкриття судового провадження про стягнення з боржника заборгованості; 2) правочин вчинено на користь пов'язаної із боржником особи; 3) занижена вартість предмету договору, що відчужується (якщо правочин двосторонній та оплатний); 4) дії боржника є недобросовісними та вчинені з метою

неповернення заборгованості коштом майна, що йому належить (постанови ВС – від 7 жовтня 2020 р. у справі № 755/17944/18 р., від 27.05.2021 р. у справі 693/624/19 р.)

Аналіз законодавства та судової практики дозволяє дійти таких висновків. По-перше, будь-який правочин, укладений боржником у період настання у нього зобов'язання із погашення заборгованості перед кредитором, внаслідок якого боржник перестає бути платоспроможним, може ставитися під сумнів у частині його добросовісності та набуває ознак фродакторного правочину. По-друге, кваліфікація правочину як фродакторного тягне визнання його недійсним у судовому порядку. По-третє, фродакторними можуть бути різноманітні односторонні та двосторонні правочини: 1) фіктивні правочини, 2) такі, що вчинені всупереч принципу добросовісності та недопустимості зловживання правом; 3) такі, що порушують публічний порядок, 4) такі, що передбачені законодавством про банкрутство, неплатоспроможність банків і виконавче провадження.

З огляду на зазначене вище, категоричною видається думка К.Ю. Іванової про те, що поняття «фродакторний правочин» не може претендувати на те, щоб стати нормативно-правовим терміном сучасного законодавства [5, с. 146]. Вважаю, що з урахуванням історичного, зарубіжного досвіду та надбань вітчизняної судової практики настав час для закріплення у ЦК правил, які передбачатимуть підстави для визнання недійсним саме фродакторного правочину.

Література

1. Крат В. Фродакторність від Юстиніана. Закон і бізнес. 10.07 – 16.07.2021 р. URL: https://zib.com.ua/ru/148293pochemu_darit_kvartiru_materi_nedobrosovestno_i_kogda_proish.htm 1 (дата звернення: 4.08.2021).
2. Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна. Римское право (базовый учебник). Перевод с македонского д.ю.н. проф. В.А. Томсинова и Ю.В. Филиппова / Под ред. проф. В.А. Томсинова. Москва: ЗЕРЦАЛО, 2000. 448 с.
3. Правоторов П. Будь-який правочин може бути охарактеризований як фродакторний, якщо він укладений на шкоду третім особам. Закон і бізнес. 01.09 – 11.09.2020 р. URL <https://zib.com.ua/ua/144330-bud-yakiy-pravochin-mozhe-but-i-oharakterizovaniy-yak-fraudat.html> (дата звернення: 4.08.2021).
4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2019 р. у справі № 369/11268/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83482786>) (дата звернення: 4.08.2021).
5. Іванова К.Ю. До питання про фродакторні правочини. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав*: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків, 16 грудня 2020 р.). Харків, 2020. С.143–146.

Основные принципы «структурирования» кодифицированного акта (на примере комплексного массива нормативных правовых актов в информационной сфере)

Иванцова Ю.Г., к.ю.н.

Институт повышения квалификации и переподготовки кадров УО "Гродненский государственный университет имени Янки Купалы"

При осуществлении кодификации комплексного массива нормативных правовых актов – информационного законодательства, важно руководствоваться определенными ориентирами, основными идеями данной деятельности – ее принципами. Кодификационная деятельность как вид (форма) правотворческой и систематизационной деятельности основывается, по мнению многих ученых, на следующих принципах: гласность, демократизм, законность, конституционность, научность, оптимальность, профессионализм, планирование, приоритет общепризнанных принципов международного права, стремление к минимальному количеству нормативных правовых актов, социальная ориентация,

системность, стабильность правового регулирования общественных отношений, техническое совершенство, организационная и финансовая обеспеченность и др. [1]. В то же время ученые не называют в качестве «ориентиров и основных идей» завершающего этапа кодификационной деятельности такие принципы, на основании которых может быть сконструирован будущий кодифицированный акт, а именно – сближение структуры законодательства со структурой права, отображение «сложившейся» структуры законодательства, имплементация международного права в национальную правовую систему. Рассмотрим их более подробно.

1. Принцип *сближения структуры законодательства со структурой права*. Известно, что в 1979 г. И.С. Самощенко заявил, что «сближение структуры законодательства со структурой права – один из путей его совершенствования» [2, с. 73]. В свою очередь, С.В. Поленина отмечает, что «познание и использование законодателем в процессе нормотворчества выявленной наукой системы права есть одновременно процесс привнесения объективного начала в строящуюся под влиянием разнообразных факторов систему законодательства. Именно в этом состоит основной смысл изучения юридической наукой системы права; этим определяется главная социальная ценность системы права как научной категории» [3, с. 19].

Таким образом, важность данного принципа подчеркивается тем, что он выступает одним из основных ориентиров кодификационной деятельности, так как направлен на структурирование Общей части будущего Информационного кодекса Республики Беларусь исходя из сложившейся структуры информационного права. Профессор Н.В. Сильченко отмечает, что «сфера действия права существует как объективная реальность независимо от того, осознаем мы ее или нет» [4, с. 44].

2. Принцип *отображения «сложившейся» структуры законодательства*. Систематизация в целом и кодификация в частности, сводятся, в первую очередь, к упорядочению норм уже действующих разноуровневых нормативных правовых актов, регулирующих информационные отношения. Поэтому вышеобозначенный принцип направлен на построение Особенной части будущего Информационного кодекса Республики Беларусь и зависит от воли законодателя. Иными словами, Особенную часть кодифицированного акта в информационной сфере необходимо структурировать на основе уже сложившейся структуры информационного законодательства.

3. Принцип *имплементации международного права в национальную правовую систему*. Ранее законодатель ограничивался указанием в кодифицированном акте принципа приоритета общепризнанных международных норм и включением главы, посвященной международному сотрудничеству. Но ни в одном кодифицированном акте Республики Беларусь нет упоминания об общих положениях и внутригосударственных процедурах, с помощью которых осуществляется имплементация международного публичного и частного права в национальную правовую систему определенной сферы общественных отношений, равно как и нет оговорки о приоритете норм, имплементированных во внутреннее белорусское законодательство. Об этом также нет упоминания ни в Конституции Республики Беларусь, ни в Законе Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь».

Например, в будущем Информационном кодексе Республики Беларусь нам видится возможной и Специальная часть, которая будет содержать систему общих положений и внутригосударственных процедур, с помощью которых осуществляется имплементация международного публичного и частного права в национальную правовую систему.

Таким образом, при осуществлении кодификационной деятельности (объектом которой выступает информационное законодательство Республики Беларусь), следует руководствоваться основными принципами структурирования будущего Информационного кодекса Республики Беларусь:

– принцип сближения структуры законодательства со структурой права (влияет на содержательное наполнение Общей части Информационного кодекса Республики Беларусь);

– принцип отображения «сложившейся» структуры законодательства (влияет на содержательное наполнение Особенной части Информационного кодекса Республики Беларусь);

– принцип имплементации международного права в национальную правовую систему (влияет на содержательное наполнение Специальной части Информационного кодекса Республики Беларусь).

Литература

1. Иванцова Ю. Г., Швед Е. Н. Принципы кодификационной деятельности (на примере информационного законодательства Республики Беларусь). *Юридическая техника*. 2020. № 14. С. 585–590.

2. Самощенко И. С. Методологическая роль системного подхода в изучении структуры советского законодательства. *Вопр. философии*. 1979. № 2. С. 64–74.

3. Поленина С. В. Теоретические проблемы системы советского законодательства. М. : Наука, 1979. 205 с.

4. Сильченко, Н. В. Законотворчество. *Закон. Правовая система* : избранные труды. Минск : Право и экономика, 2020. 200 с.

Окремі проблеми правової регламентації застосування вогнепальної зброї особами рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи відповідно до проекту Закону України «Про пенітенціарну систему»

Іваньков І.В., к.ю.н., доцент

Національний університет «Чернігівська політехніка»

Іваньков О.І., к.ю.н., начальник юридичної служби

Національна гвардія України, в/ч 3041

У березні 2021 р. на 5 сесії ІХ скликання Верховної Ради України був зареєстрований проект Закону «Про пенітенціарну систему» [1], розроблений Кабінетом Міністрів України на виконання пункту 670 Плану пріоритетних дій Уряду на 2020 р., затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 09 вересня 2020 р. № 1133, що передбачає необхідність законодавчого закріплення функціонування пенітенціарної системи [2].

Метою прийняття проекту Закону України «Про пенітенціарну систему» за визначенням авторів законопроекту є оптимізація структури пенітенціарної системи, впровадження нових підходів до заохочення її персоналу, запровадження ефективного управління підприємствами установ виконання покарань.

Проектом Закону України визначено пенітенціарну систему як систему спеціально уповноважених органів і установ, діяльність яких спрямована на формування та реалізацію державної політики у сфері виконання кримінальних покарань та пробації, яка складається з центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері виконання кримінальних покарань та пробації; центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань (наразі це Міністерство юстиції), територіальних органів з питань виконання кримінальних покарань; установ виконання покарань і слідчих ізоляторів; органів пробації; закладів освіти; закладів охорони здоров'я; підприємств, установ і організацій, створених для забезпечення виконання завдань пенітенціарної системи.

Відповідно до п. 3 ч. 3 ст. 44 «Повноваження осіб рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи» Розділу ІV «Повноваження осіб рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи» проекту Закону України «Про пенітенціарну систему» особи рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи під час виконання покладених на них обов'язків мають право ...застосовувати на підставах, визначених законом, фізичну силу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю до засуджених та осіб, взятих під варту.

Ст. 45 проекту Закону України «Про пенітенціарну систему» встановлює загальні правила щодо застосування заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї особами рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи, відповідно до яких до засуджених та осіб, взятих під варту, якщо вони чинять фізичний опір персоналу органів і установ пенітенціарної системи, беруть участь у груповому порушенні громадського порядку чи масових заворушеннях, захопленні заручників або чинять інші насильницькі дії, а також у разі втечі з-під варти з метою припинення зазначених протиправних дій, запобігання завданню цими особами шкоди іншим особам або самим собі застосовуються заходи фізичного впливу (сила), спеціальні засоби і вогнепальна зброя.

У ст. 47 проекту Закону України «Про пенітенціарну систему» уточнюється порядок застосування вогнепальної зброї особами рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи, зокрема, ч. 2 цієї статті визначає порядок застосування зброї без попередження.

На наш погляд, окремі дефініції, передбачені у цієї статтею, потребують законодавчого уточнення. Наприклад, застосування зброї без попередження передбачене у разі збройного нападу, однак визначення збройного нападу відсутнє. Пропонуємо викласти п. 1 ч. 2 ст. 47 Проекту Закону у наступній редакції: «під час збройного нападу – протиправної дії засуджених або осіб, взятих під варту, із застосуванням зброї, що посягає на життя або здоров'я персоналу органів і установ пенітенціарної системи, або осіб, які перебувають на території установ виконання покарань і установ тримання під вартою».

Потребує уточнення п. 3 ч. 2 вказаної статті, який пропонуємо викласти у наступній редакції «... під час втечі з-під варти засудженого або особи, взятої під варту: вночі, тобто у темну пору доби від заходу до сходу сонця; в умовах недостатньої видимості, тобто при видимості в напрямку руху менше 300 м у сутінках, в умовах туману, дощу, снігопаду тощо; а також у лісистій місцевості, понад 50% площі якої вкрито лісом» [3; 4].

Також є нагальна необхідність уточнити норму, передбачену у п. 5 ч. 2 ст. 47 «під час затримання засудженого або особи, взятої під варту, які чинять збройний опір», під яким пропонуємо розуміти «активну протидію будь-якої особи здійсненню особами рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи своїх службових повноважень, поєднану із застосуванням вогнепальної, холодної зброї, а також інших речей та предметів, що можуть бути застосовані як зброя, а також і такий опір, що здійснюється із застосуванням явно непридатної зброї або її імітатора, якщо в обстановці, що склалася, особи рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи не могли і не повинні були сприймати їх як непридатну або імітаційну зброю» [5].

Таким чином, запропоновані зміни дозволять, на наш погляд, усунути можливі проблеми при застосуванні вогнепальної зброї особами рядового і начальницького складу органів і установ пенітенціарної системи.

Література

1. Про пенітенціарну систему. Проект Закону України № 5293 від 22.03.2021 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71498 (дата звернення: 29.08.2021).
2. План пріоритетних дій Уряду на 2020 р. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 09 вересня 2020 р. № 1133. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-planu-prioritetni-a1133r> (дата звернення: 29.08.2021).
3. Правила дорожнього руху України у редакції 2021 р. URL: <https://vodiy.ua/pdr/1/> (дата звернення: 30.08.2021).
4. Тактические свойства местности. По характеру почв и растительности. Военная топография. URL: <http://miltop.narod.ru/Properties/vegetation.htm> (дата звернення: 30.08.2021).
5. Про затвердження Інструкції про застосування зброї, бойової техніки, озброєння кораблів (катерів), літаків і вертольотів Державної прикордонної служби України, спеціальних засобів та заходів фізичного впливу під час охорони державного кордону та

виключної (морської) економічної зони України. Наказ Адміністрації Державної прикордонної служби України від 21.10.2003 р. № 200.
 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0963-03?find=1&text=опір#w1_1 (дата звернення: 29.08.2021).

Особливості захисту прав фізичних осіб як суб'єктів отримання адміністративних послуг

*Камардіна Ю.В., к.ю.н., доцентка
Маріупольський державний університет*

Аналіз нормативно-правового регулювання адміністративних послуг спонукає досліджувати питання не тільки наділення суб'єктів звернення правами на отримання адміністративних послуг, але і захисту цих прав як базової юридичної гарантії.

В основі відносин з надання адміністративних послуг лежить інтерес фізичної особи, який повинен бути гарантований державою, а також забезпечений механізмом захисту. Держава, що заявляє себе як соціальною, має гарантувати реалізацію суб'єктивних прав громадян.

Симптоматично, що гарантіям реалізації суб'єктивних прав громадян і їх захисту завжди приділялася детальна увага у вітчизняній правовій літературі [1; 2]. Разом з тим предметом уваги адміністративістів виступають в першу чергу адміністративні послуги. Тобто у відносинах з надання адміністративних послуг держава, гарантуючи безперервне здійснення публічно-значимої діяльності, виступає організатором, гарантом, регулятором здійснення діяльності загальноекономічного значення.

Основним в суб'єктивному праві фізичних осіб на отримання адміністративних послуг виступає право вимагати від суб'єкта надання адміністративних послуг їх надання (ст. 9 Закону України «Про адміністративні послуги») [3]: мова йде про видання адміністративних актів і вчинення адміністративних дій при наданні адміністративних послуг або надання адміністративних послуг в електронній формі з використанням Єдиного державного вебпорталу електронних послуг, у тому числі через інтегровані з ним інформаційні системи державних органів та органів місцевого самоврядування.

Можна запропонувати варіанти визначення правової природи суб'єктивного права:

– право на отримання публічних послуг могло б бути кваліфіковано як суто приватні, а відносини могли б будуватися за моделлю цивільно-правових. Однак в певний момент соціально-економічного розвитку держава, усвідомлюючи важливість таких прав громадян, зводить їх регулювання на рівень публічного права;

– держава, визнаючи суб'єктивне право громадян на отримання адміністративних послуг в якості одного з основних, може надавати йому конституційне значення. В даному випадку норми адміністративного права могли б передбачати детальний адміністративно-правовий механізм його реалізації;

– суб'єктивне право, носієм якого виступає фізична особа, може володіти адміністративно-правовою природою.

Саме останній підхід найбільш прийнятний в силу наступного. Надання адміністративних послуг згідно Закону України «Про адміністративні послуги» кваліфікується як державна функція органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, з надання адміністративних послуг і перш за все вони організують здійснення відповідної діяльності.

Взагалі, функції публічної влади виступають одним з ключових елементів всієї концепції захисту прав отримувачів публічних послуг. Видатні вчені в сфері теорії держави і права [4] констатують, що функції держави за своєю суттю є об'єктивними і за загальним правилом обумовлюються життєвими потребами суспільства. У такому контексті у держави немає вибору, виконувати їх або не виконувати. Невиконання державою тієї чи іншої функції неминуче викликає ланцюгову реакцію негативних наслідків в суспільному житті.

Сучасні дослідники науки держави і права відзначають, що тільки внаслідок реалізації функцій держави останнє поєднує волю і інтереси осіб, а не нав'язує свій нехай і державний, але все ж індивідуальне (одиничне) свавілля іншим суб'єктам права під виглядом загальної волі, яка, однак, за змістом не є такою.

Отже, суб'єктивне право на отримання адміністративних послуг впливає з сукупності покладених на державу в той чи інший період функцій, тобто праву фізичної особи протиставлений публічний обов'язок. Держава виконує свої функції в притаманних їй формах, використовує в діяльності різні методи. Держава бере на себе зобов'язання щодо надання адміністративних послуг, гарантує для громадян виконання своєї функції, тобто має на увазі цілий комплекс обов'язків. Аналіз наукової літератури [5; 6] показав, що організація надання адміністративних послуг може здійснюватися державою в наступних варіаціях:

1) безпосереднє надання органами виконавчої влади послуг, для якого характерно:

- прерогатива виключно держави в особі її органів на надання послуг;
- монополне надання адміністративних послуг органами державної влади;
- безпосередня взаємодія фізичних осіб з владою: держава виконує роль постачальника послуг;
- централізоване упорядкування адміністративно-процедурної діяльності;
- повний захист прав отримувачів послуг, а також публічно-правова відповідальність посадових осіб за ухилення від надання або «неякісне» надання послуг;

2) надання адміністративних послуг органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації, якому притаманні такі риси:

- надання послуг з публічно-значущих і соціально важливих для суспільства і держави сферах;
- гарантований характер діяльності, тобто публічно-правове утворення забезпечує її безперервне здійснення;
- взаємодія одержувачів послуг з державними і муніципальними установами, підприємствами і т.д.;
- надання послуг, як правило, на базі державного/комунального майна;
- високий ступінь державного контролю за діяльністю суб'єктів з надання адміністративних послуг;
- забезпечення захисту прав отримувачів адміністративних послуг від дій суб'єктів з надання адміністративних послуг, відповідальність суб'єктів з надання адміністративних послуг;

Як бачимо, в залежності від природи адміністративних послуг держава «віддаляється» від одержувача послуг, займаючи роль регулятора відносин. Тобто публічні суб'єктивні права і обов'язки опосередковують власні відносини, в яких одним з обов'язкових учасників є держава (в особі її органів) в якості керуючої або координуючої влади, уповноваженою або правозобов'язаною.

Незалежно від виду адміністративних послуг одержувачі (суб'єкти звернення) виступають слабо захищеними по відношенню до суб'єктів з надання адміністративних послуг стороною в правовідносинах.

При взаємодії з органами державної і місцевої влади з приводу надання адміністративних послуг права одержувачів послуг безперечно мають бути найбільш повною мірою захищені. Відносини між одержувачем послуг і їх постачальником максимально врегульовані з точки зору закріплення прав на отримання адміністративних послуг. Таке регулювання міститься в Законі України «Про адміністративні послуги» [3] і доповнюється безліччю нормативних актів, в першу чергу Кодексом України про адміністративні правопорушення, Кодексом законів про працю України, Кримінальним Кодексом України. Захист прав суб'єкта звернення за адміністративними послугами забезпечений можливістю досудового і судового оскарження дій і рішень суб'єкта надання адміністративних послуг.

Окрім основних вимог до порядку та процедур надання адміністративних послуг, або відмови у наданні адміністративних послуг, Законом України «Про адміністративні послуги», що набув чинності у 2013 році, передбачено відповідальність за порушення таких вимог. Чинним законом також передбачається, що посадові особи, уповноважені надавати адміністративні послуги відповідно до закону, несуть дисциплінарну, цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність відповідно до закону з порушенням законодавчих положень у сфері надання адміністративних послуг (ст.19) [3].

Особливої уваги потребує питання адміністративної відповідальності суб'єктів, що надають адміністративні послуги, встановленої законодавством. Адміністративна відповідальність є одним з найбільш затребуваних соціальною практикою інститутів системи національного права, який є важливим елементом методу адміністративно-правового регулювання. У зв'язку з вищесказаним особливої актуальності набуває проблема створення єдиного механізму залучення до адміністративної відповідальності осіб, задіяних в процедурах, пов'язаних з наданням адміністративних послуг. Зазначена проблема досить активно обговорюється не тільки на різних рівнях публічної влади, а й в науковому співтоваристві.

Закріплений в найменуванні ст. 166²⁷ Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [7] безпосередній об'єкт правопорушення – «законодавство у сфері надання адміністративних послуг» – охоплює масив нормативних правових актів, що регламентують питання організації та безпосереднього надання зацікавленим особам зазначених послуг, прийнятих як на державному, так і локальному рівнях. Про необхідність такого розширеного тлумачення вказує і зміст ст. 3 Закону України «Про адміністративні послуги».

Разом з тим встановлені в ст. 166²⁷ КУпАП юридичні склади адміністративних правопорушень дозволяють залучити до адміністративної відповідальності тільки за порушення, пов'язані з порядком і термінами надання адміністративних послуг, і передбачають можливість залучення до адміністративної відповідальності суб'єктів надання адміністративних послуг. Тобто, відповідно до ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги» суб'єктом надання адмінпослуг є орган виконавчої влади, інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування, їх посадові особи, державний реєстратор, суб'єкт державної реєстрації, уповноважені відповідно до закону надавати адміністративні послуги. Очевидно, важливим є чітке розмежування і нормативне закріплення юридичної відповідальності всіх суб'єктів, що надають адміністративні послуги, а саме органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, багатофункціональних центрів, уповноважених на надання адміністративних послуг, посадових осіб органів, які надають адміністративні послуги, працівників багатофункціонального центру за порушення порядку надання адміністративних послуг, тому доцільно доповнити коло адресатів в п. 3 ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги» [3] і включити в нього багатофункціональний центр (ЦНАП) і їх працівників.

В рамках вдосконалення адміністративно-правового регулювання в сфері надання адміністративних послуг та забезпечення захисту прав отримувачів адміністративних послуг, обґрунтовується:

1. Особи, в інтересах яких здійснюється публічно значима діяльність, наділяються суб'єктивним правом на отримання адміністративних послуг і в зв'язку з цим набувають спеціальний адміністративно-правовий статус – суб'єкт звернення (той що звертається для отримання адміністративних послуг).

2. Зазначене суб'єктивне право підлягає нормативному закріпленню і має публічно-правову природу, оскільки, по-перше, надання адміністративних послуг становить державну функцію; по-друге, воно пов'язане з реалізацією життєво-важливих потреб населення; по-третє, державою забезпечується безперервне надання адміністративних послуг.

3. Основним правом одержувачів публічних послуг є право вимагати надання адміністративних послуг від суб'єкта надання адміністративної послуги в силу громадсько-правової природи самого суб'єктивного права.

4. Держава гарантує захист суб'єктивного права на отримання адміністративної послуг, при цьому одержувачі адміністративних послуг наділені рівним об'ємом праводомагання до суб'єкта надання адміністративної послуги.

Література

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права. Харків: «Консум», 2006. 656 с.
2. Саміло Г. О. Теорія держави і права: навчальний посібник. Запоріжжя: Просвіта, 2010. 348 с.
3. Про адміністративні послуги: Закон України від 06.09.2012 р. № 5203-VI. Дата оновлення: 29.11.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17#Text> (дата звернення 15.08.2021).
4. Теорія держави та права: навч. посіб. / [С. В. Білозьоров, В. П. Власенко, О. Б. Горова, А. М. Завальний, Н. В. Заяць та ін.]; за заг. ред. С. Д. Гусарева, О. Д. Тихомирова. Київ: НАВС, Освіта України, 2017. 320 с.
5. Камардіна Ю. В. Основні проблеми та напрямки вдосконалення організаційно-правового механізму надання адміністративних послуг. *Правові засади організації та здійснення публічної влади*: зб. тез IV Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті д-ра юридичних наук, професора, академіка-засновника НАПрНУ, першого Голови Конституційного Суду України Леоніда Петровича Юзькова, м. Хмельницький, 2–6 бер. 2021 р. Хмельницький, 2021. С. 226–230.
6. Камардіна Ю.В., Ковальов С.В. Сучасні тенденції розвитку сфери адміністративних послуг в Україні. *Вісник Маріупольського державного університету*. 2018. Вип. 15. С. 73-82. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vmdu_pr_2018_15_14
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 р. № 8074-10. Дата оновлення: 08.08.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення 15.08.2021).

Current issues of information law

*Kapiton A.M., doctor of pedagogical sciences, associate professor
National University «Yuri Kondratyuk Poltava Polytechnic»*

Having received priority development, information and scientific achievements will solve many problems of civilization. Information in all its components has become a commodity for export and import. With absolute advantages, new opportunities, the world has faced new challenges. The world has entered a millennium of information and scientific knowledge that has become a strategic resource of society. In the twenty-first century, information resources have become an indicator of scientific and technological progress and the main aspect of national policy of many countries, including Ukraine. Among them are the problem of inequality of people in access to information technology (IT) and the problem of human security in the information space, security of society and the planet in general.

Only a sensible approach to the use of new discoveries in the field of information technology IT, high education of mankind in general, will help save civilization from the harmful effects of information technology [1, 3]. Today has best confirmed their assumptions: the rapid development of information technology in this area has posed new challenges to lawyers, society and the state (development of e-commerce, information society, cross-border protection of personal data, banning spam, building international information security, protection against information terrorism). Now, information law is considered as a separate group of legal norms that regulate public relations arising from the establishment of regimes and parameters of public circulation of information, legal status, behavior and relations of the subjects of information processes. The

category of "information law" is also studied as a branch of public relations (can be considered in two senses: objective and subjective); and as an institution in legal science; and as an academic discipline. The system of information law implements the methods of constitutional, administrative, civil, criminal law, procedural norms of these branches, it uses the methods of international public and private law, retains a certain degree of influence of customary law measures and business skills.

Under the sources of information law should be understood as external forms of expression of the rules of information law, through which the formation and consolidation of these rules. According to its structure, the system of information law is divided into two parts: general and special. The general part of information law includes legal norms that determine the basics of this area: general concepts and principles of information law; subject and method of information law; classification of information. The system of sources of information law is represented by both national legislation and acts of international law. The following problems should also be mentioned: freedom of expression, bringing the state information security system to a new level, development of technical mass media, etc., the solution of which requires rapid action both at the legal level and at the level of self-regulation. The global information explosion has forced a new rethinking of the concept of freedom of information and seek new approaches to the problems it raises in all spheres of public life. In this regard, in developed countries, developed and implemented government programs to inform society, which solve, of course, not all, but a sufficient number of problems in the information sphere.

It is worth asking the question of what is the fate of informatization processes in the information society, what is the impact on various general processes of modern information technology. The state program in highly developed countries is increasingly due to the use in various processes of Internet platforms and applications, virtual reality, artificial intelligence. Prometheus, EdEra, Preply and Grammarly, founded and developed by our domestic specialists, work in this direction in Ukraine. Separately, today there is a problem of information security, based on the actual dependence of all spheres of society and the state (economy, politics, science, culture), national and international security from the normal exchange of information, reliable operation of information and telecommunications systems, technologies and tools. It is security at the information level that is often a priority, because it largely determines, on the one hand, the level of security and, consequently, resilience, the main spheres of society in relation to dangerous information impact, and on the other – the intensity of society in a given area due to the effective use of accumulated human knowledge. It is these issues in the world of research that need more detailed and thorough study, due to the rapid development of modern information technology.

Literature

1. Кісілевич-Чорнойван, О. М. Міжнародне інформаційне право: навч. посіб. К. : ДП «Вид. дім «Персонал», 2011. 160 с. Бібліогр.: с. 150–157.
2. Hafiak A., Honcharova H., Mamontova V. Digitalization of education as a prerequisite for the realization of human rights in the information society. *Діджиталізація та права людини: збірник тез Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Хмельницький, 30 березня 2021 року)*. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2021. С. 86-87.
3. Hafiak A. The use of artificial intelligence in the formation of strategic prospects for the informatization of enterprises. *Socially competent management of corporations in a behavioral economy: Collection of scientific papers / resp. ed. Ondrej Mikulaš, Kostiantyn Pavlov, Karol Viktor, Olena Pavlova, Ladislav Viera, Liudmila Shostak, Anton Milan, Alla Lyalyuk*. European institute of further education, Podhájska, 2021. Chapter I. С. 30-32.
4. Hafiak A., Mamontova V. Computer systems and artificial intelligence. *Економічні читання: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 85-річному ювілею професора В.Й. Шияна, 19 лютого 2021 р.* / Харків. нац. аграр. ун-т ім. В.В. Докучаєва. Харків: ХНАУ, 2021. С. 480.
5. Hafiak A., Shevchenko M. The use of information technologies in the educational process as an effective tool for improving the quality of education. *Технології дистанційного*

навчання: впровадження, розвиток, удосконалення: матер. міжнар. дистанційної наук.-метод. Конференції, 23-24 березня 2021р. / ред. кол.: Т.С. Прокопенко та ін. Х.: Фаховий коледж НФаУ, 2021. С. 363-364.

К вопросу о процессуальной природе «административного» судопроизводства

*Каплунов А.И., д.ю.н., профессор,
Заслуженный работник высшей школы Российской Федерации*

После вступления 15 сентября 2015 г. в силу Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ, есть основание говорить о следующих основных подходах к пониманию административного процесса, сложившихся в Российской Федерации: судебный (Ю. Н. Стариков), комплексный на основе юрисдикционного (Н. Г. Салищева), интегративный (А. Б. Зеленцов, П. И. Кононов и А. И. Стахов) и комплексный на основе управленческого (А. И. Каплунов).

Отнесение законодателем «административного» судопроизводства к административному процессу послужило дополнительным стимулом для представителей «судебного подхода» к дальнейшему продвижению своей идеи среди коллег административистов о том, что административным процессом следует считать только «административное судопроизводство», а деятельность органов государственного управления, прежде всего органов исполнительной власти, рассматривать как административно-процедурную, отрицая наличие процессуальных форм их деятельности. Такой подход вызвал недовольство как представителей гражданско-процессуального права, так и большинства ученых административистов.

В связи с этим возникает вопрос о причинах несогласия с позицией сторонников судебного подхода к пониманию административного процесса прежде всего представителей гражданско-процессуального права по поводу отнесения административного судопроизводства к административному процессу, а его регламентацию к административно-процессуальному законодательству.

Отвечая на этот вопрос, будем исходить из процессуальных положений, разработанных в рамках отечественной теории административного процесса. Термин «административное» в наименовании одноименного вида судопроизводства указывает на связь данного судопроизводства с административным правом. Материальные нормы и вид юридического процесса, обеспечивающий их реализацию, несомненно имеют отраслевую связь или корреляцию. Однако она не всегда линейная и прямая, как может показаться на первый взгляд, если брать за основу отраслевое терминологическое единство «уголовного права и уголовного процесса» и «гражданского права и гражданского процесса».

В процессуальной теории в числе основных свойств процесса как юридической категории, выделяется такое его свойство, как наличие «несомненной, хотя и своеобразной связи процесса – прежде всего гражданского, уголовного и административного с методом правового регулирования» [1, с. 154]. Данное свойство юридического процесса указывает на его связь как с предметом правового регулирования (и отраслевой привязкой материальных норм, реализацию которых он обеспечивает), так и с типами единого метода правового регулирования. Эта связь в трудах В.Д. Сорокина раскрывается следующим образом.

Материально-правовое регулирование на макроуровне (на уровне правовой системы в целом, имеющей отраслевое деление) представлено тремя типами единого метода правового регулирования: гражданско-правовым (дозволения), административно-правовым (предписания) и уголовно-правовым (запреты). Основные разновидности юридического процесса в форме гражданского, административного и уголовного процессов есть своего рода каналы реализации одноименных типов метода правового регулирования [2, с. 18; 3, с. 61-71].

Наименования типов метода правового регулирования в этой теоретической конструкции получили соответствующую отраслевую привязку, поскольку именно в этих

отраслях данные типы метода материально-правового регулирования (путем дозволения, предписаний, запретов) являются доминирующими и проявляются наиболее ярко и рельефно. Такая отраслевая привязка в определённой степени условна, поскольку в любой материальной отрасли в той или иной степени все указанные типы регулирования представлены.

Реализацию гражданско-правового типа регулирования общественных отношений, в котором превалирует дозволение, обеспечивает **гражданский процесс**, который направлен на защиту прав физических и юридических лиц от нарушений (включает судебный порядок разрешения споров). Гражданское судопроизводство представлено *состязательным* типом юрисдикционного юридического процесса [4, с. 25, 278, 320]. Процессуальная форма этого типа используется для разрешения споров о праве; она включает две стороны спора и арбитра – государство, представленное судом.

В рамках «административного» судопроизводства, о чём прямо сказано в статье 1 КАС РФ, рассматриваются и разрешаются административные дела «о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций» (тяжебные дела). По сути это «споры о праве» граждан и организаций с властным субъектом по поводу проблем в реализации дозволения, для разрешения этих споров судом используется состязательный тип юрисдикционного юридического процесса, и соответствующая процессуальная форма. Термин «административное», указывает не на процессуальную природу данного судопроизводства, а обусловлен отраслевой принадлежностью материальных норм, закрепляющих *дозволения*, ставшие предметом спора.

Материально-правовые нормы, закрепляющие дозволения, лежащие в основе спора о праве, независимо от их отраслевой принадлежности, имеют одинаковую типологию с точки зрения элементов единого метода правового регулирования (он именуется как гражданско-правовой тип). Их реализация обеспечивается в рамках одного и того же типа юрисдикционного юридического процесса (состязательного), который по своей процессуальной природе является гражданско-процессуальным.

«Гражданское» и «административное» судопроизводства объединяет то, что они обеспечивают реализацию гражданско-правового типа регулирования общественных отношений, основанного на дозволениях. Отраслевая принадлежность дозволения, по поводу которых возникает спор в рамках административного судопроизводства, его предметное содержание и субъектный состав, должны учитываться при установлении особенностей порядка его разрешения, «состязательная» процессуальная форма может иметь модификации, но они не влекут изменение типа юрисдикционного юридического процесса, в рамках которого разрешается этот спор о праве.

Таким образом, так называемое «административное» судопроизводство является разновидностью процессуальной деятельности, являющейся каналом реализации гражданско-правового типа регулирования общественных отношений, именно это обстоятельство определяет его процессуальную природу.

Однако для наименования данного вида судопроизводства использована терминология, производная от категории рассматриваемых дел, получивших в статье 126 Конституции Российской Федерации наименование «административных». В свою очередь, видовая процессуальная идентификация «административного» судопроизводства и отраслевая принадлежность норм КАС РФ, определена законодателем в самом КАС РФ, только на основе «предмета» правового регулирования, при полном игнорировании особенностей «метода» правового регулирования. Соответственно для характеристики участников данного судопроизводства, их процессуального статуса и действий в КАС РФ используются следующая терминология: «административный истец», «административный ответчик» (ст. 38), «административная процессуальная правоспособность», «административная процессуальная дееспособность», «административная процессуальная правосубъектность» (ст. 5), «административное исковое заявление» (ст. 4).

Как видим терминологическое сопровождение данного вида судопроизводства обусловлено категорией рассматриваемых дел, получивших наименование «административных», а не процессуальной природой порядка рассмотрения этих дел. При том, что само наименование категории рассматриваемых дел не вполне корректно, поскольку оно не охватывает всего материально правового разнообразия рассматриваемых дел. В самом КАСе в статье 1, его разработчики вынуждены были указать, что КАС РФ «регулирует порядок осуществления административного судопроизводства при рассмотрении и разрешении ... других административных дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений». Этот факт свидетельствует от том, что материально правовое содержание рассматриваемых и разрешаемых дел выходит за рамки административно-правового регулирования, материально правовая основа «споров о праве» для «административного» судопроизводства не является определяющей. Его процессуальная природа обусловлена не предметом, а **методом** правового регулирования, представленным гражданско правовым типом регулирования общественных, каналом реализации которого является *состязательный* тип юрисдикционного юридического процесса, который по своей природе является гражданским процессом.

Ответ на поставленный вопрос, в чем причина разногласий сторонников судебного подхода из числа административистов с представителями гражданско-процессуального права в оценке отраслевой процессуальной принадлежности КАС РФ и регулируемого им вида судопроизводства, можно сформулировать следующим образом. Причина состоит в том, что отраслевая процессуальная природа «административного» судопроизводства и тип юрисдикционного юридического процесса, который лежит в его основе, определяется в конечном счете не материально-правовым предметным содержанием рассматриваемых дел, а видом метода правового регулирования, который определяет порядок их судебного рассмотрения как канала реализации гражданско-правового типа регулирования общественных отношений. А «Поскольку данный тип правового регулирования охватывает различные по своему предмету группы общественных отношений, постольку гражданский процесс «обслуживает» соответствующие этим группам отношений материальные отрасли» [5, с. 46-47]. Поэтому у представителей гражданско-процессуального права и науки гражданского процесса есть достаточные и веские основания рассматривать данный вид судопроизводства в качестве составной части гражданского процесса. После изложенных выше доводов, трудно не согласиться с мнением А.Т. Боннер о том, что «административное судопроизводство в РФ, в полной мере использующее гражданско-процессуальную форму рассмотрения дел, вряд ли может быть названо административно-процессуальной формой рассмотрения дел или административным процессом. Это, по существу, слегка подправленное гражданское судопроизводство, которое к тому же создает для граждан и судей ряд серьезных, а порой и трудноразрешимых проблем» [6, с. 50].

Литература

1. Сорокин В. Д. Правовое регулирование. Предмет, метод, процесс (макроуровень). – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 661 с.
2. Сорокин, В. Д. Административный процесс и административно-процессуальное право. Санкт-Петербург : Издательство Юридического института, 2002. – 474 с.
3. Сорокин В.Д. Административно-процессуальное право: Учебник для юридических вузов. Санкт-Петербург : Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. 536 с.
4. Павлушина, А.А. Теория юридического процесса: итоги, проблемы, перспективы развития / под ред. В.М. Ведяхина. Самара: ГОУ ВПО "Самарская государственная экономическая академия", 2005. 480 с.
5. Сорокин В.Д. Административно-процессуальное право. М.: «Юридическая литература», 1972. 240 с.
6. Боннер А.Т. Административное судопроизводство в Российской Федерации: миф или реальность, или Спор процессуалиста с административистом. *Закон*. 2016. № 7. С. 24-51.

Предмет і методи науки інформаційного права

Коваленко Л.П., д.ю.н., професор

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Сьогодні наявні всі умови визнання інформаційного права самостійною юридичною наукою: наявність специфічного предмета та методу; наявність в цій сфері правового регулювання положень, чинного законодавства та значної кількості норм; актуальність завдань політичного, публічного, економічного, соціального, духовного розвитку [2, с. 3-4].

Складність формування науки інформаційного права полягає в тому, що діюча система права вже має визначену структуру власних галузей. І всі ці галузі права тим чи іншим чином пов'язані з інформацією. Інформація як матеріальний чи нематеріальний предмет входить елементом у будь-які правовідносини. Саме об'єктивні умови, пов'язані з перетворенням інформації у власні правові форми, визначають самостійність предмета.

Інформаційно-правові відносини – це особливий вид соціально-правових відносин, який має як, власне соціальний зміст, так і техніко-організаційне регулювання [3, с. 14-15]. Саме тому інформаційне право формується як наука і галузь права, що відокремлюється від інших суспільних відносин у самостійний вид на підставі історичного розвитку нації, розвитку новітніх технологій, які потребують якісно нових способів та прийомів при регулюванні інформаційно-правових відносин що регулюють обіг інформації, інформаційного продукту, послуг, інформаційних технологій, забезпечують інформаційну безпеку та юридичну відповідальність.

Інформаційне право можна визначити як галузь публічного права. Серед складних, ієрархічних багатопорядкових підсистем, що формують українську правову систему, інформаційне право, на нашу думку, становить галузеву науку в загальній системі національного права. Через предмет суспільних відносин інформаційне право має зв'язок з іншими галузевими та міжгалузевими інститутами права, тобто відбувається агрегація інститутів з інформаційним правом. Відмінністю інформаційного права можна вважати наявність особливих об'єктів правовідносин, маловивчених, а вірніше, майже не вивчених правовою наукою. Йдеться про інформацію та інформаційні об'єкти як головні, основоположні об'єкти інформаційно-правових відносин.

Система інформаційного права існує об'єктивно та відображає реальні суспільні відносини, що визначаються предметом названої галузі. Така система має прояв в інформаційному законодавстві та в науці інформаційного права.

Основні напрями дослідження науки інформаційного права: вивчення понятійного апарату інформаційного права, основних термінів та їх дефініцій, що застосовуються в системі інформаційного права; дослідження особливостей і характеристик інформаційного права як нової комплексної галузі права; встановлення структури і складу інформаційного права як комплексної галузі права, вивчення взаємозв'язків з іншими галузями права в системі українського права; обґрунтування інформаційно-правових норм, особливостей їх побудови, оцінка їх повноти та якісного оформлення; розгляд інформаційних правовідносин як відносин особливого роду, особливостей поведінки суб'єктів інформаційних правовідносин, прав, обов'язків і відповідальності осіб – учасників інформаційних правовідносин, юридичних фактів; з'ясування й аналіз особливостей та юридичних властивостей інформаційних об'єктів, з приводу яких виникають інформаційні відносини; розробка принципів інформаційного права, особливостей застосування методів правового регулювання інформаційних відносин; ознайомлення з джерелами інформаційного права – інформаційним законодавством, судовими рішеннями, іншими правозастосовними актами; розробка теоретичних основ і способів формування Інформаційного кодексу України як основного кодифікованого акта інформаційного права; дослідження практики застосування і методів підвищення ефективності норм інформаційного права [1, с. 34-35]. При вивченні інформаційного права застосовуються як традиційні, так і нетрадиційні для правової науки методи. Значна увага приділяється методам, призначеним для дослідження інформаційних

об'єктів як особливих об'єктів інформаційних правовідносин. Отже, наголосимо, що перевага надається методам правової науки, які використовуються в конкретних юридичних науках і складають їх методологічну основу. Наприклад, формально-доктринальний метод вивчає «доктрину» інформаційного права. Зазвичай при дослідженнях останнього застосовується саме цей метод, суть якого полягає в юридичній обробці правового матеріалу, доктрини права. Цей метод включає такі процедури, як опис та аналіз інформаційно-правових норм і правовідносин, їх тлумачення, класифікацію та систематизацію явищ, понять, норм, правовідносин, актів, інститутів. У результаті класифікації інформаційно-правових явищ, понять і норм, інших елементів системи інформаційного права за визначеними підставами досліднику надається можливість зручного і сумірного їх зіставлення, а отже, більш повного уявлення про них. Завдяки класифікації та систематизації розрізнені знання і уявлення про досліджуваний предмет приводяться в порядок. Як наслідок, знання про інформаційне праві систематизуються, отримують певну, чітку форму їх подання, зручну для запам'ятовування і подальшого вивчення. Метод порівняльного правового дослідження заснований на зіставленні двох або більше однотипних елементів інформаційного права (інститутів, норм, понять тощо) з елементами інших національних правових систем (американської, європейської та ін.) із метою виявлення спільних і відмінних характеристик таких елементів. Порівняння як логічний прийом передбачає, що в досліджуваних елементах обов'язково є подібні складові. Таке порівняльне вивчення дозволяє отримати важливий матеріал для запозичення, класифікації і, врешті-решт, вдосконалення системи інформаційного права. Порівняльно-правовий метод являє собою ефективний засіб пізнання, розкриття сутності інформаційно-правових явищ і положень інших національних інформаційних правових систем, виявлення їх переваг і перенесення цих переваг в українську інформаційно-правову систему. Метод звернення до наук, що вивчає інші, суміжні галузі права, дозволяє використовувати і ефективно застосовувати висновки і положення, що розробляються цими науками в системі інформаційного права. Так, при вивченні інформаційного права ефективними можуть бути методи загальної теорії права, конституційного, адміністративного, цивільного, фінансового, кримінального права та інших галузей. Метод соціологічного дослідження може стати корисним при спостереженні за діяльністю суб'єктів інформаційного права з метою оцінки ефективності практики застосування норм і приписів інформаційного права в конкретних умовах. Засіб дослідження цього методу базується на анкетуванні та опитуваннях суб'єктів конкретних правовідносин. Це один з найбільш дієвих методів оцінки «якості» правових норм, ступеня застосовності конкретних норм, розробки рекомендацій та пропозицій щодо їх вдосконалення. Важливу роль у цьому методі відіграє особисте спостереження. Саме в процесі цього збирається і накопичується фактичний матеріал, який неможливо отримати в інший спосіб. Велике значення мають прийоми статистичної обробки зібраного матеріалу, застосування яких дозволяє виявляти специфіку і повторюваність явищ, подій, фактів у системі інформаційного права. Порівняльно-історичний метод заснований на аналізі історії формування та розвитку інформаційного права, його понятійного апарату, окремих інститутів. Слід зазначити, що цей метод поки непридатний для дослідження системи інформаційного права в повному обсязі, оскільки воно лише формується. Проте даний метод може застосовуватися для дослідження окремих частин та елементів інформаційного права. Методи алгоритмізації та моделювання стає у нагоді при дослідженні системи інформаційного права, описі структур та елементів цієї системи, поведінки суб'єктів інформаційних правовідносин. Ці методи використовують, наприклад, при описі моделі інформаційної сфери, для побудови моделі самостійного обігу інформації, для процесів законотворчої діяльності (регламенту законотворчості) тощо. За допомогою цих методів можна представити структуру і елементи інформаційного права, інформаційні процеси в найбільш наочному і зручному для вивчення вигляді. Метод системного підходу як універсальний комплексний метод, заснований на детальному і повному дослідженні всіх можливих шляхів, способів і варіантів вирішення завдань, а також

наслідків від застосування методів і способів вирішення задачі дослідження може стати корисним на всіх стадіях і етапах дослідження інформаційного права, елементів і частин.

Отже, на наш погляд предметом науки інформаційного права є проблеми формування та розвитку предмету, системи інформаційного права (як галузі права), інформаційного законодавства. Метод науки інформаційного права – сукупність засобів, прийомів, способів, за допомогою яких досліджують інформаційне право, законодавство. Вони є загальними і інформаційно-правовими.

Література

1. Коваленко Л. П., Коваленко Б. В. Інформаційне право : підручник / за заг. ред. Л. П. Коваленко. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2020. 286 с.
2. Про доступ до публічної інформації: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314
3. Про інформацію: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

Трансформація законодавства про інтелектуальну власність в умовах стратегічних викликів

*Коваль І.Ф., д.ю.н., професорка
Донецький національний університет імені Василя Стуса*

Позитивні економічні перетворення, які очікуються суспільством і економічним середовищем від реалізації прав інтелектуальної власності, перебувають у прямій залежності від якості і повноти законодавчого регулювання цієї сфери відносин. У сучасних умовах, коли наша держава прагне покращити своє становище у світових економічних процесах і, відповідно, місце в рейтингах, стан розвитку відносин інтелектуальної власності стає ключовим показником соціально-економічних перетворень.

Реалії господарювання свідчать, що значна частина суб'єктів господарювання ще не змогла повною мірою залучитися до процесів комерціалізації інтелектуальних продуктів і захисту цих прав. У звіті Ради бізнес омбудсмена «Оцінка реалізації стратегії розвитку малого та середнього підприємництва в Україні на період до 2020 року та подальші напрями політики» зазначається, що ситуація навколо захисту інтелектуальної власності, патентування та інноваційної інфраструктури є вкрай обтяжливою для малих і середніх підприємців та незалежних стартапів, які не можуть дозволити собі значні витрати на правовий супровід і не мають ефективних налагоджених бізнес-процесів, які пов'язані з правовим захистом активів компанії. При цьому серед рекомендацій експертів зазначено потребу в нормативному впорядкуванні процесу передачі об'єктів права інтелектуальної власності¹.

У Стратегії розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 липня 2019 р. зазначається, що за даними Всесвітнього економічного форуму у Звіті про глобальну конкурентоспроможність 2017-2018 років, Україна посіла 81 місце серед 137 досліджуваних держав, піднявшись на чотири позиції. Незважаючи на велику кількість вчених та інженерів, а також частку людей, які мають вищу освіту, Україна має посередній рейтинг за показником «Інновації» та низькі значення показників «Взаємозв'язки університетів з промисловістю у сфері досліджень і розробок», «Технологічна готовність». Найбільш проблемним показником залишається «Іноземні інвестиції та трансфер технологій».

¹ Великі проблеми малого бізнесу: Оцінка реалізації стратегії розвитку малого та середнього підприємництва в Україні на період до 2020 року та подальші напрями політики. Системний звіт. https://boi.org.ua/media/uploads/system_bigproblemsmalbusiness/3_2020_system_ua.pdf

В Стратегії сталого розвитку України до 2030 року визначальним визнається інноваційне спрямування розвитку, яке ґрунтується на активному використанні знань і наукових досягнень, стимулюванні інноваційної діяльності.

Стратегічні напрями розвитку держави і запити реальних учасників ринкових відносин вказують на те, що стан правового регулювання процесів залучення об'єктів інтелектуальної власності до економічної діяльності і забезпечення її інноваційності потребує якісного удосконалення в бік комерціалізації інтелектуальних продуктів і перетворення їх на реальні інновації.

Система законодавства України з питань інтелектуальної власності перебуває у постійній трансформації. На цей час в Україні склалась унікальна модель законодавчого регулювання цих відносин, яка включає 3 рівні: 1) Цивільний кодекс України (книга 4, глава 75, 76 в книзі 5); Господарський кодекс України (глава 16, 36); 3) спеціальні закони, які регулюють особливості охорони прав на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки, інші об'єкти. Наведений поділ законодавчих актів ґрунтується не на різній юридичній силі закріплених в них правових норм (вона є однаковою), а на різному обсязі і сфері їх регулювання. Якщо ЦК України закріплює загальні вихідні положення щодо набуття прав на всі об'єкти інтелектуальної власності будь-якими фізичними і юридичними особами, щодо способів захисту, загального поняття порушення прав, то ГК України спрямований на врегулювання питань господарсько-правового характеру, як виникають в процесі залучення прав інтелектуальної власності в господарській оборот, використання в процесі організації і особливості набуття, здійснення і захисту прав на конкретні об'єкти.

Розуміючи вказані відмінності в предметах регулювання нормативно-правових актів у сфері інтелектуальної власності можна зазначити, що така модель є цілком життєздатною і може забезпечити повне і системне регулювання різногалузевих відносин, які складають у сфері інтелектуальної власності. Разом з тим, такий методологічний підхід не повністю витримується в змісті зазначених нормативно-правових актів, що породжує непотрібні колізії, протиріччя, прогалини.

Практика правотворення останніх років, особливо у 2020 р., пов'язана з внесенням змін до законодавства з питань інтелектуальної власності щодо: створення Національного органу інтелектуальної власності (однак де-факто НОІВ не створено, а частину функцій Мінекономіки передано ДП «Український інститут інтелектуальної власності» (Укрпатент); змін до патентного законодавства щодо охорони прав винаходи, корисні моделі, промислові зразки; посилення охорони та захист прав на торговельні марки й промислові зразки і боротьбу з патентними зловживаннями.

Про перспективні напрями удосконалення законодавства у сфері інтелектуальної власності йдеться в Концепції оновлення Цивільного кодексу України. В цьому документі зазначено причини, які зумовлюють вдосконалення положень Книги четвертої «Право інтелектуальної власності», а саме: 1) внесення змін до ЦК України та спеціального законодавства, спрямованих на імплементацію Угоди про асоціацію, адаптацію законодавства України до законодавства ЄС; 2) врахування національної практики застосування законодавства у сфері інтелектуальної власності; 3) узгодження положень Книги четвертої між собою та іншими положеннями ЦК України; 4) врахування відповідного досвіду іноземних країн, зокрема країн ЄС.

Змістовно пропонувані авторами Концепції зміни стосуються удосконалення таких питань, як: визначення способів використання опублікованого твору, узгодження визначення складу майнових прав інтелектуальної власності, уточнення термінології, строків чинності майнових прав інтелектуальної власності, визначення ліцензії як одностороннього правочину, уточнення предмета договору комерційної концесії.

Зазначені зміни дійсно здатні покращити рівень регулювання окремих питань у сфері інтелектуальної власності, проте, як відомо, відносини у зазначеній сфері поділяються представлені трьома основними групами: набуття, здійснення і захист прав. Якщо процеси набуття прав на об'єкти інтелектуальної власності достатньо детально прописані на рівні

спеціальних законів і підзаконних актів, то стосовно групи відносин, які складаються у зв'язку із здійсненням прав, комерціалізацією, введенням прав в економічний оборот, перетворенням результатів інтелектуальних продуктів на інновації, законодавчі норми обмежуються декількома загальними приписами. І Концепція оновлення ЦК України ці недоліки також не вирішує.

В останніх змінах до спеціальних законів так само цих питань законодавець не торкнувся. Для порівняння можна навести обсяг регулювання в Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»: загалом цей закон міститься 38 статей, при цьому питань здійснення прав стосується лише 2 з них – про права, що витікають з державної реєстрації (ст. 28), і обмеження майнових прав на винахід (ст. 30).

Стосовно договорів, які опосередковують ринок прав інтелектуальної власності, маємо подібний стан – в ЦК України, наприклад, щодо ліцензійного договору закріплено лише 3 статті, які обмежуються загальними положеннями про ліцензійний договір безвідносно специфіки всього різноманіття як об'єктів інтелектуальної власності, які мають істотні відмінності у правовому режимі, а отже і переданні прав (обов'язки сторін, форма договору). Якщо порівняти це з регламентацією, зокрема договору найму (оренди), якому присвячено в ЦК України більше 40 статей, зрозуміло, що існує об'єктивна гостра потреба в наповненні національного законодавства спеціальними правовими нормами щодо особливостей врегулювання договірних відносин у сфері інтелектуальної власності. Неоднозначною є позиція законодавця щодо переліку істотних умов ліцензійного договору в ЦК України і спеціальних законах, що створює на практиці, в судовій практиці різні підходи до визнання договору укладеним.

У національному законодавстві відсутні будь-які спеціальні положення щодо особливостей внесення прав інтелектуальної власності до статутного капіталу, використання як застави, звернення стягнення на ці права, страхування ризиків, пов'язаних з набуттям і здійсненням прав інтелектуальної власності.

З огляду на зазначене, можна констатувати, що існуюча система законодавства з питань інтелектуальної власності переважно регулює відносини, пов'язані з набуттям і захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності. Проте з ускладненням економічних відносин відбувається розширення сфер і способів залучення прав інтелектуальної власності до господарського обороту. Суб'єкти господарювання усвідомлюють можливість отримання економічного ефекту від різноманітних актів комерціалізації прав на інтелектуальні продукти, зокрема, шляхом їх внесення як вкладу до статутного капіталу юридичної особи, використання як предмета застави, залучення до спільної діяльності тощо. При цьому специфіка механізмів реалізації вказаних способів передачі прав зумовлює необхідність вироблення адекватної цій специфіці правової форми. Далеко не всі способи передавання прав інтелектуальної власності можуть бути опосередковані лише закріпленими в ст. 1107 ЦК України договірними конструкціями.

На цьому тлі нелогічною і необґрунтованою виглядає ідея, яка закладена в Концепції оновлення ЦК України, щодо скасування ГК України. У світлі таких ініціатив важливо ще раз порушити питання про значення ГК України для регулювання такої важливої для формування інноваційної економіки сфери відносин – відносин комерціалізації інтелектуальної власності. Цей блок відносин є складним поєднанням економічних, організаційно-управлінських та інших зв'язків, які виникають між суб'єктами господарювання в процесі впровадження інтелектуальних продуктів і передавання прав на них як товару, інвестиції тощо. Натомість книга 4 ЦК України визначає лише загальні вихідні положення права інтелектуальної власності, які, з одного боку, властиві усім інститутам права інтелектуальної власності («загальна частина»), а, з іншого, відрізняють це правове утворення від права власності на речі.

При цьому існування спеціальних законів і ГК України не лише не протирічить такій концепції, а, навпроти, забезпечує необхідну спеціалізацію правового регулювання відносин

інтелектуальної власності як стосовно різних об'єктів правової охорони, так і з урахуванням специфіки сфери, в якій вони використовуються, насамперед, сфери господарювання.

Метою ЦК України в регулюванні відносин інтелектуальної власності має бути, насамперед, максимальне врахування і дотримання інтересів творця інтелектуального об'єкта. Тоді як ГК України, відповідно до преамбули, спрямований на забезпечення зростання ділової активності суб'єктів господарювання, розвиток підприємництва і на цій підставі підвищення ефективності суспільного виробництва, його соціальної спрямованості, утвердження суспільного господарського порядку в економічній системі.

Із урахуванням цього цілком закономірною є роль норм ГК України в регулюванні відносин, пов'язаних із залученням майнових прав інтелектуальної власності до виробничих, договірних, інших сфер господарського життя, який має закласти законодавчу основу для комерціалізації майнових прав інтелектуальної власності.

Слід враховувати також, що саме ГК України закріплює засоби державного регулювання економічних процесів. У відносинах інтелектуальної власності їх значення зумовлено потребами захисту публічного інтересу, зокрема у сфері інноваційного розвитку країни, захисту конкурентного середовища від недобросовісності суб'єктів ринку, зловживання виключними правами. Такі засоби пов'язані із державним регулюванням інноваційної діяльності, державним замовленням на створення науково-технічної продукції, державною підтримкою і стимулюванням процесів використання об'єктів інтелектуальної власності і т.д.

Забезпечення балансу між приватними інтересами правовласників і інтересами суспільства, споживачів, держави визнається пріоритетною умовою регулювання господарських відносин інтелектуальної власності на рівні ключових документів, що забезпечують інтеграцію України до Європейського співтовариства (Угода ТРІПС в рамках СОТ, Угода про асоціацію між Україною та ЄС).

Органічно пов'язаним з досліджуваною проблематикою є питання правового регулювання діяльності суб'єктів науково-технічної діяльності, в тому числі закладів вищої освіти, які мають займати ключове місце у процесах створення і доведення результатів наукової і науково-технічної діяльності до стану інноваційного продукту. В Законі України «Про вищу освіту» основними завданнями діяльності закладів вищої освіти задекларовано, в тому числі забезпечення органічного поєднання в освітньому процесі освітньої, наукової та інноваційної діяльності (ст. 26). Окремо врегульовано статус дослідницького університету – заклад вищої освіти, що забезпечує розвиток держави в певних галузях знань за моделлю поєднання освіти, науки та інновацій, сприяє її інтеграції у світовий освітньо-науковий простір, має визнані наукові здобутки, для стимулювання наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності і проведення міждисциплінарних досліджень може надаватися статус дослідницького університету (ст. 30).

Про реальний стан провадження закладами вищої освіти наукової (науково-технічної) діяльності свідчать, зокрема, затверджені наказом Міністерством освіти і науки від 25 березня результати державної атестації закладів вищої освіти, в якій взяли участь 135 закладів. За підсумками атестації кожен заклад віднесено до однієї з 3 кваліфікаційних груп залежно від рівня розробок:

-до групи А за науковим напрямом відносяться ЗВО, дослідження і розробки яких виконуються на *світовому рівні* розвитку науки і технологій, мають важливе загальнодержавне та/або світове значення.

– до групи Б відносяться ЗВО, дослідження і розробки яких виконуються на високому професійному рівні, мають важливе *значення для окремих галузей економіки*, інших сфер суспільного життя, зміцнення національної безпеки.

– до групи В відносяться ЗВО, дослідження і розробки яких виконуються на задовільному професійному рівні та мають значення насамперед для забезпечення належного рівня *освітнього процесу* в закладах вищої освіти.

Оцінювання відбулося за сьома науковими напрямами:

- аграрні науки та ветеринарія (до групи А віднесено 2 заклади з 24, що подавали заявку за цим напрямом)
- воєнні науки та національна безпека (до групи А не потрапив ніхто, всього подавали заявки 5 закладів)
- гуманітарні науки та мистецтво (до групи А віднесено 1 заклад із 53)
- суспільні науки (до групи А віднесено 3 заклади із 123)
- біологія та охорона здоров'я (до групи А віднесено 2 заклади із 33)
- математичні та природничі науки (до групи А віднесено 3 заклади із 59)
- технічні науки (до групи А віднесено 5 закладів із 86).

При цьому деякі з українських університетів не мають жодного напрямку, атестованого за найвищою категорією.

Питання рівня наукових розробок є вкрай болючим для національної економіки з різних політичних, соціально-економічних причин, проте зрозуміло, що без законодавчо закріпленої на рівні держави стратегії державної підтримки ситуація суттєво не покращиться. Існує багато проблем більш вузького характеру, які також потребують негайного вирішення, наприклад, щодо корегувати змісту складових витрат, які формують вартість платних освітніх послуг, додаткових платних послуг – включення до їх складу витрат на проведення наукових досліджень і провадження інноваційної діяльності. Це дозволить спрямовувати частину доходів навчальних закладів, одержаних від надання платних освітніх послуг, на фінансування наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності.

Разом з тим, в цій сфері потрібна кардинальна зміна парадигми взаємовідносин держави – суб'єктів наукової і науково-технічної діяльності (закладів вищої освіти) – бізнесу. Держава через заходи державної підтримки має забезпечити зв'язок освіти, науки і бізнесу, фінансову, організаційну підтримку створення малих науково-технологічних та впроваджувальних підприємств, в тому числі стимулювання діяльності наукових парків університетів для стартового розвитку.

Отже, висвітлена проблематика свідчить про необхідність комплексного удосконалення законодавства про інтелектуальну власність з урахуванням, що це правове утворення є міжгалузевим інститутом, який має забезпечувати і приватні і публічні інтереси держави, пов'язані з економічною безпекою держави.

Зміст і межі права на життя у практиці Європейського суду з прав людини

*Коломієць Н.В., д.ю.н., професорка
Національний університет «Чернігівська політехніка»*

Право на життя є природним та невід'ємним правом кожної людини, без належного забезпечення якого всі інші права втрачають свою цінність. Це загальне особисте немайнове право, що є комплексом юридичних можливостей людини щодо розпорядження власним життям та його збереження.

В рішенні Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) у справі «Андронікоу і Константіноу проти Кіпру» зазначено, що право на життя є одним з найбільш фундаментальних положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) і охороняє одну з основних цінностей демократичного суспільства. Стаття 2 Конвенції, гарантує захист права кожного на життя законом. Це означає, що держава повинна вживати відповідні заходи для захисту життя тих, хто знаходиться під юрисдикцією держави, а також встановлює обов'язок держави утримуватись від умисного або незаконного позбавлення життя.

Сфера застосування статті 2 Конвенції включає в себе: усі випадки насильницької смерті чи зникнення особи; розслідування обставин смерті та зберігання матеріалів такого розслідування; планування та проведення операцій із застосуванням сили; виключно необхідне застосування сили; застосування сили та спецзасобів; смерть під час військової

служби; надзвичайні ситуації, бойові дії, військові навчання; загроза для життя у разі вислання (депортації, екстрадиції); безпечність спорудження та експлуатації об'єктів. Гарантом однакового застосування та тлумачення Конвенції виступає Європейський суд. Саме в практиці Європейського суду висвітлюються найбільш принципові моменти реалізації права на життя.

Відповідно до пункту 1 статті 2 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення Європейського суду є обов'язковими для виконання Україною згідно статті 46 Конвенції. Та зважаючи на те, що практика Європейського суду проголошується джерелом права в Україні, аналіз його рішень є важливим для удосконалення системи захисту прав і свобод людини, а також для їх імплементації у національне законодавство [1, с. 87].

Так наприклад, у рішенні Європейського суду по справі «Муравська проти України» (заява № 249/03) суд повторює, що обов'язок захищати право на життя за статтею 2 Конвенції вимагає наявності певної форми ефективного офіційного розслідування, коли особу вбито в результаті використання сили. Головною метою цього розслідування є забезпечення ефективного виконання національного законодавства, яке захищає право на життя. Задля досягнення такої мети форми розслідування можуть бути різними в залежності від обставин. Однак, яка б з них не була застосована, органи влади мають діяти з власної ініціативи з того моменту, як певне питання привернуло їх увагу. Вони не можуть чекати на те, щоб родичі подали належну скаргу або взяли на себе відповідальність за проведення будь-якої процедури. Це не є обов'язком досягти результату, це обов'язок вжити заходів. Органи державної влади повинні були вжити всіх заходів для отримання доказів, які стосуються справи. Недоліки у розслідуванні, які підбивають його здатність встановити причину смерті або винних осіб, можуть суперечити такому стандарту.

В рішенні по справі «Гонгадзе проти України» (заява № 34056/02) Європейський суд встановлює, що органи державної влади повинні були б вжити заходів для збереження доказів, які мають відношення до події. Прогалини в розслідуванні, які підбивають його здатність встановити причину смерті або відповідальних осіб, чи то прямих виконавців, чи то тих, хто замовив або організував злочин, створюють ризик недотримання такого стандарту. Також, в рішенні по справі «Шиянов проти України» (заява № 12552/09) Європейський суд встановив, що слідчі органи не дотримались принципу сумлінності при розслідуванні обставин смерті доньки заявника. Важливим з позиції Суду є вимога розумної швидкості при розгляді справи. Швидка реакція органів державної влади під час розслідування є необхідною для збереження громадської впевненості в дотриманні ними принципу верховенства права та у попередженні будь-яких ознак змови або поблажливості до незаконних дій.

В рішенні «Мосендз проти України» (заява № 52013/08) Європейський суд визнав порушення статті 2 Конвенції щодо обов'язку держави захистити життя сина заявниці під час його перебування під контролем держави, забезпечити виконання процесуального обов'язку стосовно ефективного розслідування цієї події. Суд визнав, що держава є відповідальною за смерть сина заявниці, оскільки, саме жорстоке поводження вищестоящих військослужбовців стало причиною його самогубства, а не обставини його життя, які не були пов'язані з реаліями його перебування в армії [2].

Отже, проаналізувавши вищезазначені рішення вбачається, що проблеми охорони та захисту права на життя потребують постійної уваги з боку держави та тлумачення норм, що гарантують та забезпечують захист права на життя, має бути однозначним, зважаючи на особливий статус такого права людини.

Література

1. Фулей Т. І. Застосування Європейської конвенції з прав людини при здійсненні правосуддя в Україні. К. : Гештальт Консалтинг Груп, 2008. 200 с. (На шляху до європейських стандартів в епоху глобалізації).
2. Пастухова Л. В. Європейський механізм забезпечення прав людини. Сімф.: Таврія, 2009. 224 с.

3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: з поправками, внесен. відповідно до положень Протоколів №№ 11 та 14 з Протоколами №№ 1, 4, 6, 7, 12 та 13). *Право України*. 2010. № 10. С. 215–233.

Інформаційні технології та їх роль у реалізації права особи на державну службу (на прикладі підтвердження рівня вільного володіння державною мовою особою)

*Коломоєць Т.О., д.ю.н., професорка, член-кореспондент НАПрН України,
Заслужений юрист України
Запорізький національний університет*

Згідно з чинним законодавством України обов'язковою вимогою до осіб, які претендують на вступ на державну службу (ст. 20 Закону України «Про державну службу»), для посад всіх категорій є «вільне володіння державною мовою», що є цілком логічним, обгрунтованим з огляду на ті завдання, які державний службовець має виконувати. Ця вимога, не зважаючи на те, що у Законі України «Про державну службу» від 16.12.1993 року взагалі вона не закріплювалася, а в Законі України «Про державну службу» від 17.11.2011 року зафіксована як «загальна умова вступу на державну службу» (ст. 15), не є взагалі інноваційною для вітчизняного законодавства й більш ранніх сторічних періодів існування держави. Вчені, які неодноразово зазначали, що ще за часів козацької держави представники старшинських груп перевіряли мовні компетентності претендентів на кожну із виборних посад, а у період владарювання Петра I нормативно закріплювалася у «Табелі про ранги», поряд з іншими вимогами, вимога до претендента на державну службу «уміння писати, читати, знати основи граматики ...» [1, с. 130]. З роками нормативно закріплювалася не лише вимога вільно володіти державною мовою претендентів на державну службу, а й процедура перевірки рівня такого володіння, із посиленням засад реалізації та прозорості, об'єктивності, в т.ч. й за рахунок впровадження інформаційних технологій. Саме з огляду на останні цілком можна стверджувати, що право на державну службу (в аспекті допуску до неї) варто розглядати в якості відносного права, такого, реалізація якого залежить не лише від самої особи, а й певних умов, які визначає й забезпечує держава. Такі умови варто вважати позитивними, бо вони не є «простим втручанням у приватну автономію особи», а навпаки є своєрідним «фільтром» компетентності особи, «відповідності» її тим завданням, які визначені для державної служби, для забезпечення «балансу» інтересів цієї особи та публічних інтересів. Такі умови варто розглядати як «комплексне явище», бо, поряд із самими критеріями, класифікаційними рівнями володіння державною мовою, вимогами до таких рівнів, законодавець унормує і Порядок проведення іспиту з метою перевірки рівня володіння державною мовою, завдання для іспиту, вимоги до підсумкового документу та ведення відповідного реєстру. Отже, має місце поєднання матеріальних та процедурних вимог, дотримання яких й дозволяє забезпечення (як однієї із вимог) реалізацію права особи на державну службу (в аспекті доступу на службу). Саме наявність такого своєрідного «фільтру» (одного із кількох) й слугує передумовою для формулювання у середовищі вчених, які досліджують проблематику державної служби, положень про доцільність позначення початкової процедури при реалізації права особи на державну службу не як «вступ» (з акцентом на «домінування» бажання претендента на державну службу), а як «допуск», «добір», «відбір» на державну службу (з акцентом на наявність умов для такої реалізації права особи) [1, с. 129; 2, с. 85]. Таке унормування не є «унікальною» вітчизняною практикою, а є характерним і для законодавства зарубіжних країн. Так, наприклад, у Республіці Казахстан для претендентів на державну службу (Закон РК «Про державну службу» від 23.11.2015 року) передбачене тестування на знання державної мови, результати якого є дійсними впродовж одного року, а у Республіці Молдова претенденти мають продемонструвати вільне володіння державною мовою та функціонуючими на відповідній території офіційними мовами міжетнічного спілкування (ст. 27 Закону «Про державну посаду та статус державного службовця»).

В умовах активного впровадження у суспільні відносини інформаційних технологій варто зазначити, що вони «пронизують» й стадію допуску претендента до державної служби при дотриманні умови вільного володіння ним державною мовою. Якщо раніше рівень володіння (в т.ч. й вільного) державною мовою особою, згідно з Порядком атестації осіб, які претендують на вступна державну службу, щодо вільного володіння державною мовою, затвердженим Постановою КМУ від 26.04.2017 року № 301, перевірявся під час проходження процедури – атестації, із видачею посвідчення. При цьому передбачався безпосередній контакт претендента із атестаційною комісією («загальний» варіант), із паперовим обігом, також «спрощений» варіант, віз видачею посвідчення особам, які надають документ, який підтверджує вивчення української мови у закладах освіти. Процедура «із особистісним контактом» претендента та обігом документів державного зразка, що, безперечно, за певних обставин може створювати передумови для суб'єктивного впливу як на саму процедуру, так і на її результат. Впровадження інформаційних технологій у зазначену процедуру «мінімізує» вищезазначені ризики, зменшує «ресурсне навантаження» (матеріальне, кадрове, часове тощо), а також в умовах реальних загроз суспільству, зумовлених поширенням пандемії COVID – 19, й потреби мінімізації безпосередніх контактів осіб, потреби забезпечення безперервності процедур добору кадрів для державної служби навіть не зважаючи на запровадження обмежувальних заходів й одночасно забезпечення прозорості, оперативності такої процедури їх впровадження виглядає цілком своєчасним, логічним, обґрунтованим. Так, згідно із Постановами КМУ від 06.11.2019 року № 911 «Про питання Національної комісії зі стандартів державної мови» та від 14.04.2021 року № 409 «Про затвердження Порядку проведення іспитів на рівень володіння державною мовою», роз'яснення Національного агентства України з питань державної служби від 12.07.2021 року № 136 р/з «Щодо змін у порядку підтвердження вільного володіння державною мовою під час проведення конкурсів на посади державної служби та призначення переможців», які прийняті н виконання положень Закону України від 25.04.2019 року «Про забезпечення функціонування української мови як державної» та законодавства про державну службу, запроваджено процедуру під назвою іспит із електронним кабінетом претендента, іспитовою комісією, анонімним тестуванням з використанням комп'ютерної техніки, співбесідою в режимі відеозв'язку, звуко– та відеозапису, автоматичним оцінюванням, повідомленням результатів та отриманням витягу із Реєстру державних сертифікатів про рівень володіння державною мовою. Всі етапи зазначеної процедури здійснюються через електронний кабінет претендента (п. 35 Порядку). Отже, цілком можна стверджувати, що реалізація права особи на державну службу у аспекті допуску до неї й зокрема щодо дотримання вимоги вільного володіння державною мовою опосередкована використанням інформаційних технологій під час проходження іспиту, що мінімізує «зовнішні загрози» й залежить від рівня компетентностей самого претендента, із одночасним скороченням «ресурсних затрат» держави, та посиленням засад прозорості, оперативності, публічності, об'єктивності.

Література

1. Гончарук Н., Кулакова Є. Удосконалення механізму добору кадрів на державну службу в Україні в контексті вітчизняного та зарубіжного досвіду. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2019. Вип. 3 (42). С. 128-136.
2. Кірмач А.В. Проходження державної служби: європейський досвід правового регулювання: монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2011, 192 с.

Протокол про адміністративне правопорушення: поняття і особливості складання

*Колтаков В.К., д.ю.н., професор
Запорізький національний університет*

Домінуючим нормативним актом щодо статусу протокола про адміністративне правопорушення (адміністративний проступок, адміністративний делікт) є Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі КУпАП) [1].

Втім, важливі положення з цього приводу містять і інші документи. Так, Митний кодекс України [2] при регламентації процесуальних дій включає до їх переліку складення протоколу про порушення митних правил (ст. 508). Одномоментно у ст. 458 кваліфікує порушення митних правил як адміністративне правопорушення. Таким чином, законодавець визнає протокол про адміністративне правопорушення процесуальним документом, який складається в межах адміністративно-деліктного процесу. Більш того, цей процес (провадження у справі про порушення митних правил) вважається розпочатим з моменту складення протоколу про порушення митних правил (ст. 489). Зауважимо також, що Митний кодекс України підкреслює домінуюче значення Кодексу України про адміністративні правопорушення в адміністративно-деліктній сфері. Зокрема, у його стаття 487 встановлює, що провадження у справах про порушення митних правил в частині, що не регулюється Митним кодексом України, здійснюється відповідно до законодавства України про адміністративні правопорушення.

Виходячи з вище зазначеного, протокол про адміністративне правопорушення це процесуальний документ, у якому фіксується юридичний факт з ознаками адміністративного проступку. Він є однією з документальних підстав адміністративної відповідальності [3, с. 759].

Кодекс України про адміністративні правопорушення детально регламентує підстави та порядок складання протоколу (у тому числі випадки, коли протокол не складається); визначає осіб, які мають право його складати; зміст протоколу; осіб та органи, яким він надсилається.

КУпАП закріплює його зв'язок з такими процесуальними діями як доставлення порушника; забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення; встановлення доказів щодо наявності чи відсутності проступку і винності особи в його вчиненні; визначення строків розгляду справ; підготовка до розгляду справи; порядок розгляду справи та іншими обставинами, що впливають на її вирішення відповідно до закону.

Стаття 256 КУпАП встановлює обов'язковий перелік відомостей та атрибутів, які мають у ньому міститися у протоколі. Вони поділяються на три групи. По-перше, це відомості, що стосуються обставин вчинення адміністративного правопорушення. У протоколі зазначаються місце, дата і суть вчиненого діяння. В обов'язковому порядку точно вказується стаття Кодексу, що передбачає адміністративну відповідальність за відповідне правопорушення. У разі вилучення у порушника предметів або документів до протоколу заноситься відповідний запис.

По-друге, це відомості про особу, на дії якої складено протокол: прізвище, ім'я, по батькові, вік, рід занять, матеріальне становище, місце проживання і роботи, документ, що посвідчує особу (паспорт або інший документ).

По-третє, це відомості, що стосуються форми протоколу. Тут вказуються дата і місце його складання, прізвище і посада працівника, який оформив протокол (відсутність відомостей про нього робить його дефектним, оскільки невідомо, чи складений він повноважною на те особою чи ні); прізвище і адреса свідків і потерпілих, якщо вони є.

Протокол скріплюється кількома підписами. Насамперед він має бути підписаний особою, яка його склала, та правопорушником. За наявності свідків і потерпілого протокол підписують також ці особи.

Особі, яка притягується до відповідальності, необхідно роз'яснити її права та обов'язки, передбачені ст. 268 КУпАП, про що робиться відмітка у протоколі. Вона має право ознайомитися зі змістом протоколу, занести власні пояснення, підписати його або відмовитися від підпису та вказати мотиви відмови, надати пояснення або зауваження щодо змісту протоколу, які до нього додаються. Відмова правопорушника підписати протокол не зупиняє подальшого руху справи, але цей факт має бути зафіксований спеціальним записом.

У разі вчинення проступку групою осіб протокол складається на кожного порушника окремо. Складання одного протоколу на всіх правопорушників не дає змоги конкретизувати

звинувачення, що ставиться кожному з них, позбавляє можливості прямо у протоколі дати свої пояснення щодо сутності проступку, обмежує право особи на захист у разі притягнення її до адміністративної відповідальності.

Належним чином оформлений протокол надсилається органу (посадовій особі), уповноваженому розглядати справу про адміністративне правопорушення. Протокол про вчинення корупційного діяння разом з іншими матеріалами у триденний строк з моменту складення надсилається до місцевого загального суду за місцем його вчинення. У разі вчинення корупційного діяння службовою особою, яка працює в апараті суду, протокол разом з іншими матеріалами надсилаються до суду вищої інстанції для визначення підсудності.

Особа, яка склала протокол про вчинення адміністративного корупційного правопорушення, одночасно з надісланням його до суду надсилає органу державної влади, органу місцевого самоврядування, керівникові підприємства, установи чи організації, де працює особа, яка притягається до відповідальності, повідомлення про складення протоколу із зазначенням характеру вчиненого правопорушення та норми закону, яку порушено.

Право складати протоколи про адміністративні правопорушення надано особам, перелік яких містить стаття 255 КУпАП. Важлива особливість її конструкції полягає у тому, що уповноважені особи не просто перелічуються, а "прив'язуються" до кожної окремої статті або частини статті Особливої частини КУпАП. Таким чином, стаття 255 КУпАП врегулювала підвідомчість питань щодо кваліфікації діянь як адміністративних правопорушень в процесі їх фіксації.

Така "прив'язка" здійснена за двома критеріями. По-перше, за характером зв'язків уповноважених суб'єктів з органами (структурами) публічної адміністрації; по-друге, за наявністю компетенції щодо вирішення справ про адміністративні проступки[4, с.241]. Відповідно до цього, у їх сукупності виокремлюється декілька груп.

До першої групи належать особи, які наділяються правом розглядати справи про адміністративні правопорушення і накладати адміністративні стягнення. Вони мають право складати протоколи за вчинення тих самих проступків, за які уповноважені накладати стягнення.

Так, наприклад, знищення або пошкодження відмежувальних знаків у лісах є адміністративним правопорушенням, відповідальність за вчинення якого передбачена статтею 75 КУпАП. Рішення про накладення стягнення за даною статтею приймають представники органів лісового господарства, які перелічені у ст. 241 КУпАП. Вони ж наділені і правом складати протоколи щодо таких вчинків.

До другої групи належать посадові особи, які уповноважені на складання протоколів відповідними органами виконавчої влади. Наприклад, центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері енергозбереження (статті 98, 101-103, 188-14); центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері ветеринарної медицини (статті 42-1 42-3, 107,188-22); центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері лісового господарства (частини друга і п'ята статті 85, статті 85-1, 88-1, 90); центральним органом виконавчої влади з питань цивільної авіації (частина друга статті 112, частина третя статті 133) тощо.

До третьої групи належать посадові особи, які повноваження на складання протоколів мають від інших (крім органів виконавчої влади) державних органів. Це, наприклад, органи Служби безпеки України, що визначена державним правоохоронним органом спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України (статті 172-4 172-9, 195-5, 212-2 та інші).

До четвертої групи належать посадові особи, які мають повноваження на складання протоколів від суб'єктів, які створені на виконання парламентських функцій. Так, посадові особи відділу контролю Апарату Верховної Ради України складають протоколи про адміністративні правопорушення, передбачені статтею 188-19 "Невиконання законних вимог народного депутата України, Рахункової палати, члена Рахункової палати".

До п'ятої групи належать посадові особи, які мають повноваження на складання протоколів від суб'єктів, які спеціально утворені для здійснення контролю і нагляду. Наприклад, органами державного нагляду у сфері пожежної і техногенної безпеки (статті 164, 183, 188-16); органами державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів (статті 42-2, 156, 164-6, 164-7); органами державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів (частини друга, четверта та п'ята статті 85, статті 85-1, 88, 88-1, 88-2, 90, 91)

До шостої групи належать посадові особи, які повноваження на складання протоколів мають від органів місцевого самоврядування, наприклад, виконавчих комітетів сільських, селищних, міських рад. Вони складають протоколи про порушення заборон, встановлених рішеннями відповідних рад (ст. 175-1 "Куріння тютюнових виробів у заборонених місцях" та інші).

До сьомої групи належать особи, які мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення, що виявилися у ході здійснення юридичних процесуальних дій. Це слідчий (частина четверта статті 184, статті 185-4, 185-11), прокурор (статті 172-4 172-20, 185-4, 185-8, 185-11), судовий розпорядник (стаття 185-3), секретар судового засідання, секретар суду (стаття 185-5, частина перша статті 185-6), державні виконавці (стаття 188-13);

До восьмої групи входять особи, які є суб'єктами виборчого процесу або представниками суб'єкта виборчого процесу. Це голова, заступник голови, секретар, інші члени виборчої комісії, комісії з референдуму (статті 212-7, 212-9, 212-11 212-20), кандидати, уповноважені особи, офіційні спостерігачі (статті 212-16 212-18, 212-20).

До дев'ятої групи входять особи, які при оформленні протоколу виступають представниками відповідного підприємства, установи, організації. Це, наприклад, власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним суб'єкт (ст. 51, 179); працівники, які здійснюють охорону підприємств, установ, організацій (стаття 179).

До десятої групи входять особи які виконують відповідні повноваження на громадських засадах або є уповноваженими особами добровільних об'єднань громадян, інших колегіальних органів. Такими, наприклад, є: член громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону (статті 92, 148, 152, 154, 160, 175-1, 179, 185-7, 186-2, 186-4); громадські інспектори (Українського товариства охорони пам'яток історії та культури; з охорони довкілля); голова ради адвокатів або уповноважений радою член ради адвокатів (стаття 212-3 у частині, що стосується порушення права на інформацію відповідно до Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність"); голова, заступник голови Вищої ради юстиції (стаття 188-32) тощо.

Наведений перелік не є вичерпним. Відповідно до частини третьої статті 255 КУпАП у випадках, прямо передбачених законом, протоколи про адміністративні правопорушення можуть складати також посадові особи інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування і представники органів самоорганізації населення.

Так, стаття 2 КУпАП встановлює, що його положення поширюються і на адміністративні правопорушення, відповідальність за вчинення яких передбачена законами, ще не включеними до Кодексу, а питання щодо адміністративної відповідальності за порушення митних правил регулюються Митним кодексом України (із змісту норм КУпАП і Митного кодексу України випливає, що порушення митних правил є адміністративним правопорушенням, за вчинення якого передбачена адміністративна відповідальність).

У свою чергу, Митний кодекс визнає протокол про порушення митних правил процесуальним документом (ст. 495), а його складання регламентує як окрему процесуальну дію (ст. 508). Встановлює, що протокол складається про кожний випадок виявлення порушення митних правил (ст. 494) уповноваженими на те особами (ст.490). Відповідно до статті 488 Митного кодексу провадження у справі про порушення митних правил вважається розпочатим з моменту складання протоколу про таке порушення.

Важливе значення для розуміння ролі і місця протоколу про адміністративне правопорушення в адміністративно-деліктному процесі має регламентація випадків, коли протокол про таке правопорушення не складається. Вони визначені у статті 258 КУпАП.

Основні критерії їх детермінації такі: 1) обмеження розміру штрафу за проступок 3 неоподатковуваними мінімумами доходів громадян (в разі вчинення адміністративних правопорушень, передбачених статтями 70, 77, частиною третьою); 2) обмеження розміру штрафу за проступок 7 неоподатковуваними мінімумами доходів громадян (в разі вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого частиною першою статті 85); 3) погодження правопорушника з накладенням адміністративного стягнення (в разі вчинення адміністративних правопорушень, передбачених статтею 107 (у випадках вчинення правопорушень, перелічених в частині третій статті 238) частиною третьою статті 109, статтями 110, 115, частинами першою, третьою і п'ятою статті 116, частиною третьою статті 116-2, частинами першою і третьою статті 117 (при накладенні адміністративного стягнення у вигляді попередження на місці вчинення правопорушення), статтями 118, 119, статтями 134, 135, 185-3 КУпАП); 4) автоматичний режим фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху за допомогою спеціальних технічних засобів, що мають функції фото– і кінозйомки, відеозапису чи засобів фото– і кінозйомки, відеозапису.

Література

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.
2. Митний кодекс України: Закон України від 13.03.2012р. № 4495-VI. *Відомості Верховної Ради*. 2012. № 44-48. Ст. 552.
3. Колпаков В. К. Протокол про адміністративне правопорушення. *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. Т.5. Адміністративне право редкол. Ю. П. Битяк (голова) та інші. Х.: Право, 2021. С.759-762.
4. Колпаков В. К., Гордєєв В. В. Теорія адміністративного проступку: монографія. Х.: Харків юридичний, 2016. 344 с.

Категорії «публічна адміністрація», «публічне адміністрування» та «відносини адміністративних зобов'язань» у предметі адміністративного права

*Комзюк А.Т., д.ю.н., професор, Заслужений діяч науки і техніки України,
Салманова О.Ю., д.ю.н., професорка, Заслужений працівник освіти України
Харківський національний університет внутрішніх справ*

У сучасній науці адміністративного права одним із найбільш дискусійних досі залишається питання про його предмет, знання про який не тільки дає уявлення про соціальне призначення цієї галузі та її зміст, а й дозволяє визначити межі регулюючого впливу адміністративно-правових норм. Відмовившись у кінці 90-х рр. минулого століття від розуміння цього предмета виключно як відносин державного управління, адміністративісти почали пропонувати власні підходи до його визначення, чим у багатьох випадках тільки ускладнили проблему, адже досі таке важливе питання залишається невирішеним, тобто загальноприйнятого підходу до нього так і не вироблено.

Якщо проаналізувати наукову та навчальну літературу з адміністративного права останніх років, то віднайти однакові визначення предмета адміністративно-правового регулювання навряд чи вдасться. Наприклад, досить часто наводять види управлінських відносин, які він охоплює: пов'язані із забезпеченням реалізації та охороною прав і свобод людини і громадянина у сфері виконавчої влади, місцевого самоврядування в адміністративному і судовому порядку в разі виникнення спору між особою і владним суб'єктом; у яких безпосередньо реалізуються завдання і повноваження (компетенція) органів виконавчої влади; що виникають у зв'язку з виконанням своїх повноважень суб'єктами місцевого самоврядування; внутрішньоорганізаційного характеру інших

державних органів (законодавчої, судової влади, прокуратури); пов'язані зі здійсненням об'єднаннями громадянами своїх повноважень при взаємодії з органами виконавчої влади і місцевого самоврядування (так званих «зовнішньо-владних функцій і повноважень») [1, с. 165-166]. В цілому відносини, які складають предмет адміністративного права, тут окреслено достатньо повно, хоча серед них можна назвати й деякі зайві елементи, зокрема нема потреби окремо виділяти відносини, пов'язані із забезпеченням реалізації та охороною прав і свобод людини і громадянина, адже в наш час відповідно до ст. 3 Конституції України вся діяльність владних суб'єктів має бути спрямована на виконання цього завдання; крім того не регулюються адміністративним правом відносини, що виникають під час судового розгляду і вирішення адміністративних спорів.

В одному з останніх підручників з адміністративного права його предметом називають є суспільні відносини, які виникають між суб'єктами публічної адміністрації та приватними особами. За змістом предмет адміністративного права складається з надання адміністративних послуг і здійснення виконавчої та розпорядчої діяльності публічною адміністрацією [2, с. 15]. При цьому незрозуміло, чому предмет обмежується виключно відносинами суб'єктів публічної адміністрації з приватними особами, адже такі відносини можуть виникати також між самими цими суб'єктами, причому, як підпорядкованими один одному, так і непідпорядкованими. Крім того, закон визначає адміністративні послуги як здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, тобто це теж виконавча і розпорядча діяльність.

Висловлювались також інші думки щодо розуміння предмета адміністративного права. Окремо варто звернути увагу на концепцію предмета адміністративного права, представлену В. К. Колпаковим, який називає системоуворюючими для нього такі категорії як «публічна адміністрація», «публічне адміністрування» та «відносини адміністративних зобов'язань» і робить висновок, що саме відносини щодо виконання адміністративних зобов'язань публічної адміністрації перед суспільством є узагальненою назвою системної сукупності відносин, що утворюють предмет адміністративно-правового регулювання або предмет адміністративного права. При цьому, як уявляється, досить слушною є думка, що одним із головних напрямів доктринального оновлення адміністративного права України сьогодні є осмислення і подальша розробка теорії публічної адміністрації, яка фактично вже займає місце, яке у радянському адміністративному праві належало категорії «державне управління» [3, с. 693-694].

Справді, визнання предметом адміністративного права відносин, що виникають під час функціонування публічної адміністрації, здатне вирішити багаторічні суперечки щодо його розуміння. Надалі можна розмірковувати з приводу характеру цих відносин, їх властивостей, сторін, видів тощо, але ці роздуми вже матимуть тверду основу. Звичайно, це лише ті відносини, в яких суб'єкти публічної адміністрації виступають владною стороною, тобто ці відносини обов'язково мають бути владними.

А для позначення таких відносин існує давно відомий термін – публічне управління (адміністрування). Публічне управління визначають як діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, представників приватного сектору та інститутів громадянського суспільства в межах визначених законом повноважень і функціональних обов'язків (планування, організації, керівництва, координації та контролю) щодо формування та реалізації управлінських рішень суспільного значення, політики розвитку держави та її адміністративно-територіальних одиниць [4, с. 144].

Щодо терміна «публічне адміністрування» варто зазначити, що з початку його використання як заміника публічному управлінню їх розуміння практично мало відрізнялось. З приводу співвідношення цих понять автори вже висловлювали свою думку. Відтак лише повторимо, що використання терміна «публічне адміністрування» не дає жодних переваг порівняно з терміном «публічне управління», більше того, він за значенням програє останньому, оскільки є непрозорим, має негативні конотації, адже традиційно визнавався бюрократичним, жорстким, командним типом управління, тому в умовах

демократизації, лібералізації, гуманізації влади найменше підходить для позначення сфери виконавчої діяльності держави [5].

З приводу ж визнання предметом адміністративного права відносин адміністративних зобов'язань варто висловити певні сумніви. Насамперед, чи можна до їх числа віднести всі перераховані В. К. Колпаковим відносини: а) публічного управління; б) відносини адміністративних послуг; в) відносини відповідальності публічної адміністрації неправомірні дії або бездіяльність; г) адміністративно-деліктні відносини [3, с. 694]? Термін «зобов'язання» є похідним від обов'язку, тобто передбаченої законом необхідності вчинити ті чи інші дії або ж утриматись від їх вчинення. Відтак чи охоплюються виконанням зобов'язань реалізація прав суб'єктів публічної адміністрації, внутрішньоорганізаційні відносини тощо? Крім того, чи правомірно взагалі стверджувати, що публічна адміністрація при утворенні бере на себе якісь зобов'язання? Складається враження, що вона ніби сама по собі утворюється і сама ж визначає свій статус. Мабуть, коректніше говорити про покладання державою і суспільством на публічну адміністрацію певних прав і обов'язків, завдань та функцій, в чому й виявляється її соціальне призначення. І тоді ми маємо говорити про її діяльність щодо реалізації цих прав і обов'язків, завдань та функцій.

Отже, підсумовуючи, можна зробити висновок, що предметом адміністративного права цілком логічно в узагальненому вигляді розуміти відносини, які виникають під час функціонування публічної адміністрації, тобто відносини публічного управління.

Література

1. Правова доктрина України : у 5 т. Т. 2 : Публічно-правова доктрина України / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, М. П. Кучерявенко та ін. ; за заг. ред. Ю. П. Битяка. Х. : Право, 2013. 864 с.
2. Адміністративне право України. Повний курс: підручник / В. Галуцько, П. Діхтієвський, О. Кузьменко, С. Стеценко, Т. Коломоєць та ін.; за ред. В. Галуцька, О. Правоторової. Видання четверте. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2021. 592 с.
3. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 5 : Адміністративне право / редкол. : Ю. П. Битяк (голова) та ін. Харків : Право, 2020. 960 с.
4. Публічне управління : термінол. слов. / уклад. : В. С. Куйбіда, М. М. Білинська, О. М. Петроє та ін. ; за заг. ред. В. С. Куйбіди, М. М. Білинської, О. М. Петроє. Київ : НАДУ, 2018. 224 с.
5. Комзюк А. Т., Салманова О. Ю. Щодо співвідношення понять «публічне управління» та «публічне адміністрування». *Публічне адміністрування в умовах змін та перетворень: проблеми організації та правового забезпечення*: збірник наукових праць за матеріалами II Міжнародної науково-практичної конференції. Серія «Сектор безпеки України». Вип. 24 / редкол.: Ю.П. Битяк, А.П. Гетьман, В.М. Гаращук, В.Я. Настюк, Н.П. Матюхіна, Ю.В. Мех та ін. Харків: «Точка», 2018. С. 19-21.

Медичний туризм в країнах ЄС крізь призму міжнародного приватного права

Корнева П.М., к.ю.н, старша викладачка

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Після здобуття Україною незалежності почалась поступова інтеграція нашої держави у світову спільноту. В результаті багаторічної роботи української дипломатії для громадян України були спрощені процедури в'їзду до багатьох країн світу. Відповідно до індексу паспортів, що постійно публікуються міжнародною компанією *Henley & Partners* у співробітництві із Міжнародною асоціацією повітряного транспорту (*International Air Transport Association, IATA*), станом на квітень 2021 року Україна посідає 35 місце у рейтингу країн, громадяни якої можуть відвідувати інші країни без візи або з візою під час прибуття. На даний час такими для українців є 136 країн світу із проаналізованих 227

територій [1]. Спеціалісти, які працюють над створенням вказаного рейтингу, відмічають, що за останні 10 років кількість безвізових напрямків для України зросло з 64 до 136 [1].

Отже, громадяни України за останні роки отримали більше можливостей для відвідування зарубіжних країн з різними цілями, в першу чергу з метою туризму. При цьому, все більшої популярності набувають не тільки виключно туристичні мандрівки українців, все частіше наші співгромадяни подорожують закордон з метою отримання медичних послуг. І така тенденція характерна не лише для українців, а й для громадян інших держав – медичний туризм набуває все більшої популярності по всьому світу.

У той саме час, правове регулювання відносин у сфері медичного туризму не встигає в своєму розвитку за цими відносинами, спеціальні нормативно-правові акти у даному напрямку практично не приймаються, а правове регулювання здійснюється загальними нормами цивільного та міжнародного приватного права.

На сьогодні в зарубіжних наукових джерелах медичний туризм найчастіше визначається як «подорожування споживача медичних послуг через міжнародні кордони з наміром отримати якусь форму лікування» [2, с. 7; 5, с. 116]. Асоціація медичного туризму надає більш широке визначення даному поняттю: медичний туризм – подорожування людей, які мешкають в одній країні, до іншої країни для отримання медичного, стоматологічного, хірургічного обслуговування, що відповідає або є кращим за аналогічне обслуговування в своїй країні, або мандрують за медичним обслуговуванням через нижчу вартість медичного обслуговування, кращий доступ до медичного обслуговування або вищий рівень якості медичного обслуговування [3, с. 5-6].

В українській юридичній літературі звертається увага на той факт, що медичним туризмом необхідно розглядати як надання відповідними суб'єктами господарської діяльності туристичних послуг туристу (пацієнту) в межах туристичного продукту, так і його виїзд за кордон для лікування без придбання такого продукту [4, с. 33].

З цього приводу варто відзначити, що в зарубіжній літературі використовуються різні терміни щодо позначення подорожування осіб з метою лікування за кордоном: «*cross-border healthcare*», що означає транскордонне медичне обслуговування, та «*medical tourism*», що означає саме медичний туризм. Вказані терміни часто використовуються як синоніми, хоча поняття «*cross-border healthcare*» є більш широким та означає будь-яке отримання медичних послуг особою в країні, в якій вона не має постійного місця проживання. Зокрема, в окремих зарубіжних роботах акцентується увага на наявності «туристичного» аспекту у відносинах медичного туризму («*medical tourism*»), який полягає в наданні послуг, які асоціюються з туризмом, як то перевезення, розміщення, готельний бізнес [5, с. 58]. Зустрічається й точка зору щодо некоректності поняття «*medical tourism*» та пропонується поняття «*medical travel*» [6, с. 4], при цьому значення даних термінів є однаковим.

Враховуючи сутність медичного туризму, можна стверджувати, що основне практичне значення у даній сфері мають: 1) колізійні норми щодо договірних зобов'язань у сфері медичного туризму, у тому числі щодо страхування; 2) колізійні норми щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, спричиненої в результаті надання послуг медичного туризму; 3) колізійні норми щодо підсудності справ, які виникають із відносин медичного туризму. Крім того, оскільки однією із сторін відносин медичного туризму є споживач, правове регулювання має здійснюватися з урахуванням колізійних норм щодо регулювання споживчих договорів.

У теорії міжнародного приватного права серед основних джерел приватно-правових (колізійних) норм виділяють національне законодавство кожної держави, яке регулює правовідносини за участі іноземного елемента у відповідній сфері, а також міжнародні договори з міжнародного приватного права. Вказане твердження є слушним й в контексті дослідження питань досвіду країн Європейського Союзу у сфері колізійного регулювання відносин медичного туризму.

У першу чергу необхідно відзначити, що в країнах ЄС має місце певна уніфікація колізійних норм у різних сферах правового регулювання, які, в тому числі, стосуються

відносин медичного туризму. Зокрема, одним із ключових європейських документів у сфері міжнародного приватного права є Брюссельська конвенція 1968 року з питань юрисдикції та примусового виконання судових рішень у цивільних та комерційних спорах (*1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*) [7], положення якої покладені в основу Регламенту № 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання й виконання судових рішень з цивільних та комерційних справ [8]. Даний документ закріплює загальні правила колізійного регулювання основних приватно-правових відносин за участі іноземного елемента в країнах, що приймали участь у його підписанні. В контексті відносин медичного туризму варто звернути увагу на колізійні норми щодо визначення юрисдикції у спорах, які виникають із споживчих договорів, оскільки, як зауважувалось вище, договори із надання послуг медичного туризму за своєю правовою природою відносяться саме до даного виду договорів (розділ 4). Зокрема, у згаданій Конвенції передбачається, що споживач має право подати позов до іншої сторони за договором як в країні, в якій ця сторона має постійне місцезнаходження, так і в судах країни свого постійного місцезнаходження (стаття 14). При цьому інша сторона має право подати позов до споживача тільки в суди тієї країни, в якій споживач має постійне місцезнаходження (стаття 14) [7].

Цікавими з практичної точки зору в рамках відносин медичного туризму також є приписи розділу 3 вказаної Конвенції щодо визначення юрисдикції у спорах про страхування, оскільки досить часто страхування є обов'язковою умовою туризму, у тому числі й медичного. Так, в статті 8 передбачається, що до страховика страхувальником може бути подано позов як в країні свого постійного місцезнаходження, так і в країні-постійного місцезнаходження страховика [7].

Важливими джерелами колізійних норм для країн ЄС також є Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань («Рим I»)» [9] та Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту і Ради «Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань («Рим II»)» [10]. У розрізі дослідження колізійного регулювання відносин у сфері медичного туризму варто відзначити наступні приписи вказаних нормативно-правових документів. Так, важливими є колізійні норми, які визначають право, що підлягає до застосування до договорів про надання послуг, а саме: такі відносини регулюються правом країни, де має своє звичайне місце проживання постачальник послуг (стаття 4). При цьому, закріплюється можливість сторін договору самостійно визначити право, що підлягає застосуванню до договірних відносин, у тому числі, й медичного туризму (стаття 3) [9]. Щодо позадоговірних відносин важливого практичного значення в контексті відносин медичного туризму мають приписи Регламенту (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту і Ради «Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань («Рим II»)» про правила відшкодування шкоди. Так, до позадоговірних зобов'язань, які виникають в результаті спричинення шкоди, застосовується право країни, в якій шкода спричинена. При цьому, у разі, коли особа, які притягається до відповідальності за спричинення шкоди, та особа, якій така шкода спричинена, на час спричинення шкоди мають звичайне місце проживання в одній і тій самій країні, то застосовується право такої країни (стаття 4) [10].

Важливим спеціальним міжнародним документом у сфері надання медичних послуг громадянам одних країн в інших державах стала Директива Європейської Ради і Парламенту 2011/24/EU про захист прав пацієнтів в транскордонному медичному обслуговуванні (*Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare*) [11]. Цей нормативно-правовий документ передбачає правила, які спрямовані на полегшення доступу до безпечного та якісного транскордонного медичного обслуговування, та сприяє співпраці у галузі охорони здоров'я між державами-членами при повному дотриманні національних компетенцій в організації та наданні медичної допомоги. У Директиві 2011/24/EU закріплюються окремі правила правового регулювання відносин у сфері транскордонного медичного обслуговування, зокрема, передбачається, що надання медичних послуг здійснюється за

законодавством країни, в якій проводиться лікування. При цьому, така країна повинна забезпечити отримання пацієнтом всієї необхідної для проведення лікування інформації, у тому числі щодо порядку отримання компенсації у разі спричинення шкоди в процесі лікування [11]. Важливим є принцип недискримінації пацієнтів, який полягає, зокрема, в тому, що держава, в якій проводиться лікування, повинна забезпечити те, щоб постачальники медичних послуг отримували від іноземних пацієнтів таку ж саме плату за послуги, як і з вітчизняних пацієнтів в аналогічній медичній ситуації (стаття 4). Крім того, Директива 2011/24/EU визначає обов'язок держав-учасниць забезпечити виплату компенсації витрат пацієнтів за лікування в іншій державі-учасниці на умовах, визначених в Директиві [11].

Слід відзначити, що колізійні норми, у тому числі, ті, що можуть бути застосовані до відносин медичного туризму, закріплюються у відповідних нормативно-правових актах країн ЄС у сфері міжнародного приватного права. Наприклад, у Бельгії діє Кодекс з приватного міжнародного права 2004 року (*Code of Private International Law 2004*) [12], у Нідерландах прийнята окрема книга в межах цивільного кодексу, присвячена приватному міжнародному праву (*Book 10 Dutch Civil Code Private International Law*) [13], спеціальний закон з приватного міжнародного права прийнято в Польщі у 2011 році (*Act of February 4, 2011 on Private International Law*) [14]. У вказаних документах визначаються, зокрема, правила визначення законодавства, що підлягає до застосування до договірних та позадоговірних зобов'язань, більшість норм кореспондуються із відповідними положеннями вищезгаданих документів ЄС, закріплюється можливість сторін договору або учасників відносин щодо відшкодування шкоди визначатися із законодавством, що підлягає до застосування до таких правовідносин.

При цьому необхідно відзначити, що в деяких країнах ЄС колізійні норми закріплені в різних нормативно-правових актах держави (наприклад, Німеччина, Скандинавські країни) [15, с. 55-57], що суттєво ускладнює правове регулювання відносин у даній сфері, у тому числі й відносин медичного туризму.

Таким чином, у відносинах медичного туризму в країнах ЄС приписи колізійних норм необхідно враховувати, по-перше, під час укладення договорів на надання послуг з медичного туризму (враховувати чи визначити за домовленістю сторін право, що підлягатиме до застосування до таких правовідносин), а по-друге, під час врегулювання спірних та конфліктних ситуацій, які виникають із відносин медичного туризму, у тому числі, під час судових спорів у справах цієї категорії (визначити суд чи інший юрисдикційний орган, який вирішуватиме спір, визначити право, за яким такий спір розглядатиметься, а також порядок виконання рішення, прийнятого таким органом).

Література

1. Индекс паспортов Henley & Partners за апрель 2021 года. URL: https://ru.henleyglobal.com/storage/app/media/HPI/Henley_Passport_Index_%202021_Q2_Russian_210409.pdf
2. Lunt N., Smith R., Exworthy M., Stephen T. Green, Horsfall D., Mannion R. Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review. URL: <https://www.oecd.org/els/health-systems/48723982.pdf>
3. Wendt K. Medical Tourism: Trends and Opportunities. URL: <https://digitalscholarship.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2484&context=thesedissertations>
4. Гнедик Є. С. Правове регулювання господарської діяльності у сфері медичного туризму : дис. ... канд. юрид. наук. Вінниця, 2020. 238 с.
5. Roman T., Lazăr C.-M., Manolică A., Bostan I. The Current Trends and Opportunities in the Industry of Medical Tourism. URL: <http://www.revistadetourism.ro/rdt/article/view/338/231#>
6. Labonté R. Overview: Medical Tourism Today: What, Who, Why and Where? URL: <http://globalhealthequity.ca/wp-content/uploads/2020/07/Medical-Tourism-today.pdf>
7. 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41968A0927(01))

8. Регламент № 44/2001 Совета ЕС о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a84#Text
9. Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань («Рим І»)». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_905#Text
10. Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту і Ради «Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань («Рим II»)». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_907#Text
11. Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0024>
12. Law of 16 July 2004 Holding the Code of Private International Law. URL: <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>
13. Book 10 Dutch Civil Code Private International Law. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/indexb1010.htm>
14. Private International Law, Act of 4 February 2011. URL: <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/polonia-act-of-4-february-2011-private-international-law.pdf>
15. A European Framework for Private International Law: Current Gaps and Future Perspectives. URL: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>

**Конституційні засади соціальної держави в Україні:
положення Основного Закону 1996 року про органи державної влади**

*Королевська Н.Ю., к.е.н.
Верховна Рада України*

Метою доповіді є за допомогою статистичного методу проаналізувати текст Конституції України 1996 року з точки зору закладених у його положеннях основ подальшої розбудови України як соціальної держави (усі розділи, присвячені органам державної влади). Гіпотезою викладеного стислого аналізу положень Основного Закону України 1996 року є наступне твердження: «на конституційному рівні в Україні соціальним проблемам приділено недостатньо уваги, так само як і перспективним напрямом подальшої розбудови соціальної держави».

У Розділі IV Основного закону 1996 року «Верховна Рада України» прикметник «соціальний» застосовується два рази, а саме:

– у статті 85, відповідно до положень якої «До повноважень Верховної Ради України належить: ...

б) затвердження загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля» [1];

– у статті 92, згідно з якою «Виключно законами України визначаються: ...

б) основи соціального захисту, форми і види пенсійного забезпечення; засади регулювання праці і зайнятості, шлюбу, сім'ї, охорони дитинства, материнства, батьківства; виховання, освіти, культури і охорони здоров'я; екологічної безпеки» [1].

Слід підкреслити, що в обох випадках прикметник «соціальний» застосовується у такому ж розумінні, як і у словосполученні «соціальна держава».

Слід визнати таку кількість згадок про соціальну проблематику достатньою для розділу Основного закону, присвяченому Парламенту України (враховуючи співвідношення

матеріальних та процесуальних положень у цьому розділі, так само як і стислий характер викладення конституційних норм).

Навряд чи можна позитивно оцінити те, що у Розділі V «Президент України» прикметник «соціальний» та однокорінні слова не застосовуються.

По-перше, Україна є парламентсько-президентською республікою, і главі державі належить істотна низка повноважень, при реалізації яких він міг би керуватися, у т.ч., також і необхідністю подальшої розбудови правової держави.

По-друге, в зарубіжних країнах вже давно існує практика, коли Глава держави, окрім виконання офіційно покладених на нього повноважень, бере на себе неформальні обов'язки лідера країни, привертаючи увагу до тих чи інших соціальних проблем та сприяючи їхньому вирішенню (дивись, наприклад, [2]).

Опосередковано про важливість соціального вектору діяльності Президента України свідчать такі положення Основного закону 1996 року:

-він є гарантом додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина;

– у тексті його присяги йдеться про «добробут Українського народу», про обстоювання прав і свобод громадян.

Однак, і пряма згадка про його участь у розбудові соціальної держави, у вирішенні соціальних проблем не була б зайвою.

Наступний розділ Конституції України 1996 року – Розділ VI «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади» – містить два випадки застосування прикметнику «соціальний» та однокорінних слів, а саме:

– відповідно до статті 116, Кабінет Міністрів України, у тому числі, «розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України» [1];

– відповідно до статті 119, Місцеві державні адміністрації на відповідній території забезпечують, у тому числі, «виконання державних і регіональних програм соціально-економічного та культурного розвитку, програм охорони довкілля, а в місцях компактного проживання корінних народів і національних меншин – також програм їх національно-культурного розвитку» [1].

З одного боку, враховуючи вагому роль урядової діяльності у підтриманні високого соціального рівню громадян України, може здаватися, що лише одна згадка про «соціальність» в аналізованому підрозділі є недостатньою. Проте, навряд чи можна погодитись з таким висновком. Адже традиційно у конституціях приділяють більше уваги регламентації створення та діяльності тих органів публічної влади, які формуються шляхом прямих виборів, – і Конституція України 1996 року не є винятком.

Отже, якщо Верховній Раді України в Основному законі 1996 року в межах однойменного розділу приділено 26 статей, Президентові України – 11 статей, то Урядові – лише 6 статей.

Якщо розрахувати середній показник для застосування прикметника «соціальний» або однокорінних слів, то він складатиме:

– для Парламенту – 0,08;

– для Глави держави – 0;

– для Уряду – 0,2.

Тому можна дійти висновку, що на сучасному етапі положення Розділу VI «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади» Конституції України 1996 року адекватно та повно відображають роль Уряду у подальшій розбудові соціальної держави в Україні.

Наступний розділ Основного закону України 1996 року – це Розділ VIII «Правосуддя». Здавалося б, що у ньому навряд чи буде міститись ключове для нашого дослідження слово. Але, це не так – в останній статті цього Розділу зазначено, що «Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також

стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена» [1] (частина п'ята статті 131²). Варто зауважити, що тут прикметник «соціальний» у словосполученні «соціальні права» застосований у тому ж самому значенні, що у словосполученні «соціальна держава».

Ключове слово з точки зору цієї статті застосовується і у наступному розділі Конституції України – у Розділі «Територіальний устрій України», однократно. А саме, у статті 132 передбачено, що «Територіальний устрій України ґрунтується на засадах єдності та цілісності державної території, поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій» [1].

Варто підкреслити, що прикметник «соціальний» тут застосовано у тому ж самому розумінні, як і у словосполученні «соціальна держава». Слід рекомендувати замість словосполучення «соціально-економічний розвиток» вести мову окремо про соціальний та окремо про економічний розвиток (тим більше, що у подальшому у цьому реченні прикметник «економічний» застосовується окремо, при характеристиці відповідних особливостей регіонів).

У Розділі «Автономна Республіка Крим» є однократне посилання на «соціальність» у тому ж розумінні, в якому однокорінне слово застосовується у словосполученні «соціальна держава». Так, частина п'ята статті 138 встановлює, що «До відання Автономної Республіки Крим належить: ... 5) розроблення, затвердження та реалізація програм Автономної Республіки Крим з питань соціально-економічного та культурного розвитку, раціонального природокористування, охорони довкілля – відповідно до загальнодержавних програм» [1].

Цьому положенню Конституції України слід адресувати те ж саме зауваження та рекомендацію, як і положенню з попередньо проаналізованого розділу. А саме: варто вести мову про соціальний, економічний та культурний розвиток (окремо), а більш точним було б застосовувати дещо інший порядок розташування цих прикметників та почати з прикметнику «економічний» (тобто, вести мову про «економічний, соціальний та культурний розвиток»).

Література

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Мішина Н.В. Президенти як суспільні лідери. *Юридичний вісник*. 2011. № 2. С. 64–68.

Теоретичні засади формування місцевого самоврядування в Україні в ХХ ст.

Ладиченко В.В., д.ю.н., професор

Національний університет біоресурсів і природокористування України

Одним із перших законодавчих актів в історії української держави ХХ ст слід назвати Конституцію УНР, прийняту 29 квітня 1918 року. Стаття 5 якої закріпила структуру місцевого врядування в УНР [1]. Згідно статті 26 Конституції УНР радам і управам громад, волостей і земель належить «єдина безпосередня місцева власть: міністри УНР тільки контролюють і координують їх діяльність, безпосередньо через визначених ними урядовців, не втручаючись до справ, а всякі спори в цих справах рішає суд Української Народної Республіки». Що ж до самого уряду, як зазначалося у статті 50 Конституції УНР, то до його компетенції входили лише ті питання, які «зістаються поза межами місцевої самоуправи або дотикають цілої УНР», причому уряд не був уповноважений «порушувати законом уставлених компетенцій» органів місцевого самоврядування, але був зобов'язаний «приходить їм в поміч, коли вони до неї звертаються» [2, с. 48-49].

А.Ткачук підкреслює: «Правове регулювання організації місцевої влади, що містить Конституція УНР, є дійсно унікальним». Будучи досить лаконічним документом Конституція

УНР є взірцем коротких, але дуже змістовних приписів. Фактично, норми сформульовані в Конституції, дають змогу в законах викласти правове регулювання досить детально, виходячи із конкретних потреб суспільства та історичного періоду часу, але не порушуючи філософії Конституції, яка визначає демократичну систему управління [3, с. 30-33].

Аналіз статей Конституції УНР дозволяє охарактеризувати конституційні норми, якими пропонувалось врегулювати систему місцевого врядування УНР наступним чином:

- 1) усі місцеві справи мали належати до юрисдикції місцевої влади, тобто радам і управам;
- 2) в громадах, волостях та земствах мали діяти виборні органи – ради, які призначали б власні виконавчі органи – управи;
- 3) органи місцевої влади проголошувались самостійними у вирішенні місцевих справ;
- 4) центральний уряд не мав права втручатись у поточну діяльність місцевої влади;
- 5) центральний уряд через своїх міністрів повинен був тільки здійснювати контроль за діяльністю місцевої влади та координувати її і для цього ним могли бути призначені спеціальні урядовці;
- 6) суперечки між державними органами та місцевим самоврядуванням повинні були вирішуватися в судовому порядку.

У підсумку слід погодитись з твердженням науковців про те, що в нормах Конституції УНР фактично простежується класичний демократичний трирівневий устрій місцевого самоврядування, згідно якого провідна роль відводилася низовій ланці – громаді. Сьогодні подібний демократичний устрій визначається у Європейській хартії місцевого самоврядування, ухваленій майже на 60 років пізніше [3, с. 30-33; 4, с. 109-116; 5].

Подальше конституційне унормування місцевого устрою пов'язане з епохою радянської системи рад [6].

10 березня 1919 року III Всеукраїнським з'їздом рад було затверджено Конституцію УСРР 1919 року, згідно якої органами радянської влади на місцях проголошувались «Ради Робітничих, Селянських та Червоноармійських депутатів (міські та сільські), а також обрані ними Виконавчі Комітети (Виконкоми)». Крім визначення органів радянської влади на місцях та виборчих прав громадян, Конституція УСРР 1919 року не містила ні терміну, на який обиралися ці місцеві органи, ні норм представництва і внутрішньої організації цих органів, ні обсягу та розмежування їхніх повноважень. Все це покладалося на Всеукраїнський центральний виконавчий комітет (ВУЦВК), який здійснював законодавчу владу в УСРР між Всеукраїнськими з'їздами Рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів [7].

15 травня 1929 року постановою XI Всеукраїнського з'їзду рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів було затверджено нову Конституцію (основний закон) Української соціалістичної радянської республіки (Конституція УСРР 1929 року), яка містила більш детальні конституційні норми щодо місцевого устрою. Згідно Конституції УСРР 1929 року міські, селищні, сільські ради обиралися терміном на один рік. Для провадження поточної роботи ради обирали виконавчі комітети або президії. І хоча розділ про органи місцевої влади щодо сільських, селищних, міських ради мав назву «В. Про ради депутатів», в статті 62 Конституції УСРР 1929 року йшлося не про депутатів, а саме про «членів рад», які мали регулярно давати звіти своїм виборцям і яких можна було достроково відкликати за постановою виборців. Поділ на міста, селища міського типу та села, утворення міських, селищних і сільських рад, прийняття закону про вибори та встановлення норм представництва до рад, а також порядок обрання виконавчих комітетів або президій рад депутатів відносилось до компетенції ВУЦВК – верховного законодавчого, виконавчого та розпорядчого органу влади УСРР в періоди поміж Всеукраїнськими з'їздами рад [8].

Загалом Конституція УСРР 1929 року встановила жорстку ієрархічну підпорядкованість по всій вертикалі влади, зокрема, передбачалась підлеглість виконкомів сільських рад республіканським, а також виконання ними доручень від районних, окружних комітетів та наркоматів [9, с. 35-41].

Треба зазначити, що Конституція УСРР 1929 року зробила спробу певним чином систематизувати зміни в системі влади, що сформувались на території республіки в умовах після громадянської війни, НЕПу. На відміну від першої більшовицької Конституції 1919 року, наступна конституція була більш функціональною та придатною для дотримання [3, с. 38-39].

30 січня 1937 року надзвичайний XIV Український з'їзд рад прийняв постанову, якою затвердив Конституцію (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки (далі – Конституція УРСР 1937 року). З відповідними змінами та доповненнями ця конституція проіснувала до 1978 року і увійшла в історію під назвою «сталінська», та що стосується юридичної техніки та логіки побудови конституційних норм і системи влади була більш якісним документом, ніж Конституція УСРР 1929 року [3, с. 39; 10].

Відповідно до нового основного закону місцеві ради отримували статус рад депутатів трудящих – місцевих органів державної влади. Конституційно закріплювався строк повноважень скликань рад, який тепер складав 2 роки. Формою роботи рад проголошувались сесії, які мали скликатися виконавчими органами або головами сільрад не менше одного разу на місяць.

Виконавчими і розпорядчими органами рад проголошувались обирани ними виконавчі комітети у складі: голови, його заступників, секретаря і членів. А виконавчим і розпорядчим органом сільських рад у невеликих селищах проголошувались персонально голова, його заступник і секретар. Прописувалась і система підзвітності виконавчих комітетів як раді, яка їх обрала, так і вищестоящому виконавчому комітету. Вищестоящим виконавчим комітетам надавалось право скасовувати рішення і розпорядження підлеглих виконкомів та припиняти рішення і розпорядження нижчих рад. А вищестоящим радам надавалось право скасовувати рішення і розпорядження всіх підлеглих рад. Закріплювалась компетенція рад ухвалювати акти у формі рішень, а не постанов, як було до цього моменту, та надавати розпорядження в межах законодавства.

Конституція УРСР 1937 року досить детально виписувала структуру виконавчих органів обласних рад, районних, а також міських рад, аж до переліку управлінь та відділів. З одного боку це мало забезпечити однаковість структур управління по всій території республіки, а з іншого – забезпечити певну стабільність, оскільки період з 1921 по 1937 року характеризувався неймовірно великою кількістю змін, як адміністративно-територіального устрою, так і структури управління [3, с. 39-43].

20 квітня 1978 року було прийнято останню Конституцію (Основний Закон) УРСР (Конституція УРСР 1978 року), згідно якої місцеві ради набули статусу рад народних депутатів – складових єдиної системи органів державної влади. Строк повноважень місцевих рад народних депутатів було збільшено з 2 до 2,5 років. Ради повинні були обирати комітети народного контролю, який поєднував державний контроль з громадським. В Конституції 1978 року вводилась депутатська недоторканність, яка стосувалася народних депутатів всієї системи рад. В окремих главах Конституції 1978 року прописувались статус та основні повноваження як для місцевих рад народних депутатів, так і для виконавчих комітетів цих місцевих рад, що ставило на один щабель з системою рад також систему виконавчих органів. Як зазначав у своїх працях В.В.Копейчиков, який відстоював ідею Рад як єдиних повновладних представницьких органів народу, на той час склалось таке положення, при якому реальна місцева влада здійснювалась не радами, а саме їхнім виконавчо-розпорядчим апаратом [11; 12, с. 87].

Повноваження, що за Конституцією належали до компетенції Рад народних депутатів, не могли вирішуватися ними без погодження з партійними керівниками. Тобто, в реальності система Рад залишалася складною та складалась з багатьох ланок. Фактично, робота Рад зводилася до обговорення та прийняття рішень, підготовлених найчастіше професійним апаратом виконкому, який регулював, направляв і контролював діяльність депутатів, їх підготовку до сесій, засідань і т.д. Він же стежив за ходом виконання прийнятих рішень, наказів та депутатських запитів [13, с. 170].

З прийняттям Верховною Радою УРСР 27 жовтня 1989 року Закону УРСР «Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР» всі місцеві ради народних депутатів, включаючи і Верховну Раду УРСР, отримали статус складових єдиної системи представницьких органів державної влади. Строк повноважень усіх рад народних депутатів збільшувався до 5 років. Ради знову обирали голів рад на постійній основі, які уповноважувались скликати сесії. Призначення і обрання радами службових осіб до складу виконавчих комітетів місцевих Рад, органів народного контролю, а також керівників відділів і управлінь виконавчих комітетів тепер мали провадитися при наявності висновку відповідних постійних комісій Рад народних депутатів. Такі службові особи мали обіймати свої посади не більше двох строків підряд [14].

Стан місцевого самоврядування в момент проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року був досить суперечливий. З одного боку місцеві ради згідно статті 2 профільного Закону УРСР «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування» (Закон про місцеві ради 1990) були проголошені в системі місцевого самоврядування – державними органами місцевого самоврядування. А з іншого боку, згідно статті 78 чинної на той час Конституції УРСР 1978 року (зі змінами від 1989 року), місцеві ради разом з Верховною Радою УРСР становили єдину систему представницьких органів державної влади.

Таке поєднання державного і муніципального статусу, а також зрівняння всіх місцевих рад в статусі з Верховною Радою України, можна сміливо стверджувати породило дуалізм (подвійне поєднання) влади в особі сільських, селищних, районних, міських, районних в містах, обласних Рад. При чому перевага була явно надана державному статусу. Також не варто упускати і того факту, що всі місцеві ради мали приставку «Ради народних депутатів», що трактувалося як поєднання членів місцевих рад зі статусом народних депутатів Верховної Ради. Скасувавши підпорядкованість нижчестоящих виконкомів вищестоящим було зруйновано виконавчу вертикаль державної влади – подвійне підпорядкування виконкомів і «своїм» радам, і вищестоящому виконавчому і розпорядчому органам. Однак, іншої на той момент створено не було. Встановлена ще з радянських часів система рад стала основою для розбудови представницьких органів місцевого самоврядування України в перші роки незалежності. Запропоновані та винесені на всенародне обговорення проекти конституції 1992, 1993 років, які мали радикально змінити місцевий устрій та запровадити нову систему самоврядування, хоч і не були прийняті, але залишаються актуальними сьогодні при проведенні реформи децентралізації.

Література

1. Конституція Української Народної Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002300-18#Text>
2. Мальчин Ю.М., Чумак В.А. Історія місцевого самоврядування України. К.: АМУ, 2017. 88 с.
3. Ткачук А. З історії реформ адміністративно-територіального устрою України, 1907-2009 роки. К.: Леста, 2009. 128 с.
4. Козаченко А. І. Проблема реформи місцевого самоврядування за доби Української Народної Республіки. *Право України*. 2017. № 11. С. 109–116.
5. Максименко Ю.П. Становлення органів місцевого самоврядування України в радянські часи. *Часопис Київського університету права*. 2020 № 2. С. 154-159.
6. Малько Ю. Реформування адміністративно-територіального устрою України і його вплив на державне управління сільським розвитком у ХХ – ХХІ ст. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2017. Вип. 1. С. 35-41.
7. Kidalov S., Vitiv V., Golovko L., Ladychenko V. (2020). Legal Regulation of Waste Management in Ukraine on the Way to European Integration. *European Journal of Sustainable Development*, 2020, Volume 9, issue:2, 422-430.

8. Ладиченко В. В., Головка Л. О., Капплова О. Муніципалітет як регулятор поведження з побутовими відходами. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2019. № 5. С. 38-45.

9. Ладиченко В. В., Максименко Ю. П. Старости як посадові особи системи органів місцевого самоврядування в Україні: історико-правовий аспект. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2019. № 2. С. 8-18.

10. Ладиченко В. В., Ємельяненко К. О. Формування виконавчих комітетів об'єднаних територіальних громад. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2018. № 5. С. 14-20.

11. Копейчиков В.В. Гуманизм советской демократии. К.: Политиздат Украины, 1989. 156 с.

12. Ladychenko V., Melnychuk O., Golovko L., Burmak O. (2020). Waste Management at the Local Level in the EU and Ukraine. *European Journal of Sustainable Development*, 2020, Volume 9, issue:1, 329-338.

13. Ладиченко В. В., Максименко Ю. П. Статус і повноваження виконавчого комітету в системі місцевого самоврядування України. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2021. № 2. С. 37-48.

14. Ладиченко В. В., Головка Л. О., Сергієнко Б. Б. Теоретико-правові засади поведження з відходами за законодавством Європейського Союзу. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2021. № 1. С. 46-57.

Критерії визначення «подібності» та «тотожності» правовідносин (за матеріалами судової практики)

Легеза Ю.О., д.ю.н., професорка

Національний технічний університет «Дніпровська політехніка»

Встановлення категорії «подібні правовідносини» чинним законодавством України не закріплюється, що породжує неоднозначність практики її застосування. Попри відсутність нормативного закріплення категорії «подібні правовідносини» вона є вживаною у чинному КАС України.

Так, відповідно до ч. 6 ст. 7 КАС України регулюється застосування аналогії закону у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини; згідно із пунктом 5 частини другої статті 236 КАС України підставою до зупинення провадження у справі є перегляд судового рішення у подібних правовідносинах (в іншій справі) у касаційному порядку палатою, об'єднаною палатою, Великою Палатою Верховного Суду – до набрання законної сили судовим рішенням касаційної інстанції; відповідно до ч. 1-3 ст. 328, ч. 2 ст. 330 КАС України визначено, що підставами касаційного оскарження судових рішень, є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права виключно в таких випадках: а) якщо суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду, крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку, при цьому має бути зазначено у касаційній скарзі таке рішення Верховного Суду; 2) якщо скажник вмотивовано обґрунтував необхідність відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду та застосованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні, – про що має бути зазначено у касаційній скарзі; 3) якщо відсутній висновок Верховного Суду щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах; згідно із пунктом 6 частини першої статті 333 КАС України передбачається відмова у відкритті касаційного провадження у разі, якщо розгляд касаційної скарги судом не дозволяє дійти висновку про доцільність застосування положень ч.ч.1-3 ст. 328 КАС України; серед підстав передання справи на розгляд палати, об'єднаної

палати або Великої Палати Верховного Суду якщо колегія, що розглядає касаційну скаргу, вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах (ч.ч. 1-4 та пункти 2 і 3 частини шостої статті 346), про що приймається окрема ухвала.

Відсутність нормативного тлумачення категорії «подібні правовідносини» вимагає звернення до практики її застосування.

Зокрема, в окремій думці судді Великої Палати Верховного Суду Д.А. Гудими (справа №357/3258/16-ц (провадження №14-1цс18)) [1] визначено, що критеріями подібності правовідносин є суб'єктний критерій, об'єктний критерій та змістовний критерій, при цьому останній є основним. У разі з'ясування наявності подібності правовідносин за всіма трьома критеріями, правовідносини є тотожними.

Приклади тотожних процесуальних правовідносин наведені в ухвалі Великої Палати Верховного Суду від 1 вересня 2020 року у справі № 263/4637/18 [2], де зазначено, що приписи статті 34 ЦПК України є тотожними положенням статті 33 КАС України.

Отже, визначальним критерієм подібності правовідносин є їх зміст (тобто сукупність прав та обов'язків суб'єктів правовідносин відносно об'єкта їх взаємодії). У справі № 815/5319/17 ухвалою ВП ВС від 11.11.2019 р. [3] було встановлено, що відносини, пов'язані із здійсненням державної реєстрації речових прав на нерухоме майно у разі дотримання встановленої процедури їх здійснення, але які своїм результатом мали порушення майнових прав фізичної чи юридичної особи підлягають розгляду у порядку цивільного чи господарського судочинства, адже вони мають подібний зміст – це право особи володіти, користуватися та розпоряджатися нерухомим майном.

До другорядних критеріїв подібності правовідносин також відносяться: суб'єктний склад правовідносин та правовий режим їх реалізації (до механізму якого належать порушення норм, дія норм права, предмет правового регулювання, умови та динаміка застосування юридичних норм).

Зокрема, у Постанові Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 03 березня 2021 року у справі № 805/3923/18-а [4] було обґрунтовано безпідставність доводів позивача, викладених в касаційній скарзі, щодо застосування до спірних правовідносин правового висновку Верховного Суду України, викладеного у постанові від 27 травня 2008 року у справі №21-2438во07, оскільки у вказаній справі та у справі, що розглядається правовідносини не є подібними. Визначальним є змістовний критерій. У справі №21-2438во07 спірні правовідносини виникли з приводу реалізації права на пенсійне забезпечення за вислугу років не згідно із Законом України № 2262-ХІІ, а відповідно до вимог Закону України від 05 листопада 1991 року №1789-ХІІ «Про прокуратуру». Відповідно, відмінними є підстави та предмет позову, обставини, якими позивач обґрунтовує вимоги, докази; суб'єктний склад (військовослужбовець і працівник прокуратури); правовий режим (підстави порушення норм, дія норм права, предмет правового регулювання, умови та динаміка застосування юридичних норм).

Отже, критеріями подібності спірних правовідносин є їх змістовний характер (визначальний критерій) та підстави та предмет позову, обставини, якими позивач обґрунтовує вимоги, докази; суб'єктний склад; правовий режим правовідносин, що є другорядними критеріями.

Література

1. Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду Д.А. Гудими (справа №357/3258/16-ц. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72243445>)
2. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 1 вересня 2020 року у справі № 263/4637/18. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91338134>
3. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 11 листопада 2019 р. у справі № 815/5319/17. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85712253>
4. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 03 березня 2021 року у справі № 805/3923/18-а. URL.:

Правовий статус користувачів персонального легкого електротранспорту: проблеми законодавчого регулювання

*Лисько Т.Д., к.ю.н., доцентка
Національний авіаційний університет*

Останній часом в Україні стали досить поширеними у використанні самобалансуючі транспортні засоби, що обладнані електродвигунами (електросамокат, сігвей, сегвіл, гіроскутер тощо). Однак відсутнє законодавче регулювання правового статусу користувачів персонального легкого електротранспорту. Вимоги до електросамокатів і контроль за пересуванням наразі дуже розмиті. Легкий персональний транспорт лише починає розвиватися в Україні. Окрім самокатів – як електричних, так і звичайних – сюди зараховують понад 12 найменувань гаджетів, зокрема сегвеї, моноколеса, ролики та електроролики, гіроскутери тощо.

Разом з тим, водії таких «пристроїв» все частіше стають учасниками ДТП. Керування електросамокатом або моноколесом не потребує наявності посвідчення водія. Такі водії найчастіше погано знайомі з Правилами дорожнього руху (далі – ПДР) та можуть наражати на небезпеку себе й інших учасників дорожнього руху.

Це викликає неабиякі труднощі у правозастосуванні в межах адміністративного судочинства та кримінального провадження.

Відповідно до ст. 14 Закону України «Про дорожній рух» [1], учасниками дорожнього руху є особи, які використовують автомобільні дороги, вулиці, залізничні переїзди або інші місця, призначені для пересування людей та перевезення вантажів за допомогою транспортних засобів. До учасників дорожнього руху належать водії та пасажирки транспортних засобів, пішоходи, особи, які рухаються в кріслах колісних, велосипедисти, погоничі тварин. Транспортні засоби поділяються на механічні та немеханічні (велосипеди, гужовий транспорт). Відповідно до п. 1.10 ПДР, механічний транспортний засіб — транспортний засіб, що приводиться в рух з допомогою двигуна. Цей термін поширюється на трактори, самохідні машини і механізми, а також тролейбуси та транспортні засоби з електродвигуном потужністю понад 3 кВт. Зазвичай потужність електросамокатів, що пропонуються на ринку України може бути в діапазоні від 100 Вт до 3000 Вт, а середня потужність найбільш популярних моделей – 300-350 Вт. Таким чином, механічні характеристики електросамоката не підпадають під визначення механічних транспортних засобів в Україні.

Прокатні електросамокати мають певні обмеження у швидкості (як за кордоном, так і в Україні) – від 15 до 25 км/год. Щодо приватних електросамокатів, то тут власник самостійно встановлює обмеження швидкості, вона може сягати 40-60 км/год.

Саме з огляду на швидкість користувачів електросамокатів просять користуватися велоінфраструктурою. Але близько 100 км велосмуг і велодоріжок у Києві не можуть задовольнити попит велосипедистів та електросамокатників.

Судова практика України. Електросамокати та їхні водії досі залишаються, фактично, поза правовим полем, оскільки в ПДР для них немає чіткого визначення, а значить, вони не є учасниками дорожнього руху і в разі ДТП не можуть притягуватися до адміністративної чи кримінальної відповідальності. Проте деякі українські суди своїми рішеннями все ж створюють прецеденти, які рано чи пізно приведуть до врегулювання цієї правової колізії.

Шевченківський районний суд м. Запоріжжя задовольнив цивільний позов пенсіонерки, яка тяжко постраждала від наїзду електросамоката. Суд ухвалив обвинувальний вирок – водійку самоката визнали винною в порушенні чинних на транспорті правил, норм і стандартів виготовлення, переобладнання, ремонту, транспортних засобів, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки (ст.291 КК України). Суд

визнав електросамокат транспортним засобом, вказавши, що це «пристрій, призначений для перевезення людей і (або) вантажу, а також встановленого на ньому спеціального обладнання чи механізмів», при цьому встановивши, що водієм електросамокату порушено п. 11.13 ПДР, відповідно до якого заборонено рух транспортних засобів тротуарами і пішохідними доріжками [2]. Подібні рішення не поодинокі [3; 4; 5тощо].

Однак у іншому провадженні суд дійшов протилежного висновку. За матеріалами справи 15 квітня патрульний виніс постанову щодо водія електросамоката за порушення положень ч. 2 ст. 126 КУпАП («Керування транспортним засобом особою, яка не має права керування таким транспортним засобом»). Зокрема, порушник не пред'явив поліцейському посвідчення водія категорії А1. У суді чоловік наголосив, що електросамокат не є транспортним засобом, посилаючись на те, що потужність його двигуна становить 1,2 кВт. Суд, проаналізувавши ч. 6 ст. 121 КУпАП, підтримав цю позицію, вказавши, що «зміст указаних норм свідчить про те, що, особа, яка керує електросамокатом, не є суб'єктом адміністративного правопорушення, адміністративна відповідальність за яке передбачена ч. 2 ст. 126 КУпАП, оскільки вона не є водієм, який керує транспортним засобом» та скасував постанову по справі про адміністративне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 126 КУпАП [6].

У іншій справі суд виніс подібне рішення, визнавши, що електросамокат не є транспортним засобом, адже він обладнаний електродвигуном, потужністю лише 250 Вт. З огляду на викладене, особа не є суб'єктом адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 124 КУпАП, оскільки керував електросамокатом, який не відноситься до механічних транспортних засобів [7]. Схоже формулювання міститься і в інших постановках судів [8].

Таким чином, можемо констатувати відсутність в українських судах єдиного підходу та узгодженої практики застосування законодавства у випадку вчинення правопорушень водіями (власниками) електросамокатів. Це питання не стосується правозастосування як такого. Проблема, що виникла, є технічного характеру. Для її вирішення слід вказати у ПДР, КУпАП, КК та інших законах України уточнення ознак механічного транспортного засобу та встановлення прав та обов'язків водіїв електричних транспортних засобів з потужністю двигуна менше 3 кВт.

Досвід окремих зарубіжних країн. Рух електротранспорту у багатьох європейських країнах прирівнюють до велосипедів. Таким чином електросамокати можуть рухатися велодоріжками. Водночас в Україні ще немає достатньої інфраструктури і з'явиться вона, за прогнозами активістки, через 7-10 років.

Наприклад, у Польщі, Великій Британії та ФРН це питання врегулювали нещодавно. У Туреччині цей вид пересування ще не врегулювали, а у Сінгапурі законодавство щодо е-самокатів міняли тричі за останні два роки. Прага заборонила рух е-самокатами історичною частиною міста. У Нідерландах як велосипедній країні заборонені будь-які електричні пристрої. Тут електросамокати прирівняні до мопедів, на які треба отримувати права.

Більшість країн у своєму законодавстві вказують, що електросамокати – це вид транспорту, який за швидкістю, масою і потужністю прирівнюється до велосипедів, і, відповідно, на них поширюються ті самі правила.

Восени 2019 року у Франції також ввели нові правила використання електросамокатів. Це сталося після сотень ДТП, пов'язаних із цими транспортними засобами, в тому числі, кількох смертей. Про це повідомляє УНН із посиланням на BBC [9]. Основними вимогами до водіїв таких засобів стали (1) заборона їздити по тротуару; дозвіл на їзду по тротуару тільки в спеціально відведених місцях, і тільки з пішохідною швидкістю; (2) на одному пристрої може пересуватися тільки один водій; (3) використання мобільного телефону під час руху заборонено; (4) заборона рухатися проти потоку трафіку; (5) рухатись велосипедними доріжками там, де це можливо; (6) заборона носити навушники під час руху на самокаті; (7) максимальна швидкість – до 25 км/год; (8) користувачі, що пересуваються по дорогах з дозволеною швидкістю, повинні носити шолом і мати добре видимий одяг; (9)

електронні самокати повністю заборонені на сільських дорогах; (10) вік понад 12 років. Будь-яке порушення буде каратись штрафом в розмірі від 135 євро і до 1 500 євро за перевищення швидкості.

Рух тротуарами заборонений майже скрізь – у Франції, Німеччині, Іспанії (за винятком кількох міст), Австрії, Швеції тощо. Рекомендовано рухатися велодоріжкою, а якщо її немає, тоді – краєм проїжджої частини. Якщо десь і можна проїхати на електросамокаті тротуаром, то лише з обмеженням швидкості до 5-10 км/год.

Насьогодні у Верховній Раді зареєстровані 2 законопроекти, які мають на меті врегулювати цю прогалину. Так, у Проекті Закону України № 3023 від 06.02.2020 [10] пропонується запровадити правове регулювання нової категорії учасників дорожнього руху – користувачів персонального легкого електротранспорту. У новій статті 19-1 Закону України «Про дорожній рух» пропонується встановити правовий статус користувачів персонального легкого електротранспорту, передбачити для них основні права та обов'язки.

Одночасно, відповідними змінами до КУпАП передбачається встановлення відповідальності за порушення користувачами персонального легкого електротранспорту правил дорожнього руху. Крім цього, проектом Закону передбачені положення, що врегульовують питання безпеки інших учасників дорожнього руху, а саме велосипедистів та пішоходів.

Проектом Закону України № 5732 від 05.07.2021 [11] пропонується доповнити ст. 127 Кодексу України про адміністративні правопорушення приписами в частині відповідальності за порушення правил дорожнього руху особами, які керують самобалансуючими транспортними засобами обладнаними електродвигунами (електросамокат, сігвей, сегвіл, гіроскутер).

Однак вважаємо такі доповнення не системними, позбавленими належного правового обґрунтування. Адже слід внести зміни та уточнення не лише до КУпАП, а в першу чергу до ПДР, де зафіксувати, що подібні електрозасоби пересування є транспортними засобами, навести їх технічні характеристики та ознаки. Крім того, відповідні зміни слід внести й до примітки до ст. 286 КК України та до Закону України «Про дорожній рух».

А допоки відповідне правове регулювання не набуло чинності, для того щоб не створювати небезпечних ситуацій на дорозі, вважаємо, що слід послуговуватись п. 11.7 ПДР, відповідно до якого, транспортні засоби, швидкість руху яких не повинна перевищувати 40 км/год або які з технічних причин не можуть розвивати таку швидкість, повинні рухатися якнайближче до правого краю, крім випадків, коли виконується обгін, об'їзд або перестроювання перед поворотом ліворуч чи розворотом. Відповідно до пункту 1.9 ПДР особи, які порушують ПДР, несуть відповідальність згідно із законодавством України. Отже, особа, що здійснює рух проїзною частиною, є учасником дорожнього руху, має дотримуватися ПДР та підлягає притягненню до відповідальності на загальних підставах у разі порушення цих Правил.

Література

1. Про дорожній рух: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1993. № 31. Ст. 338. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3353-12#Text> (дата звернення: 23.07.2021).
2. Вирок Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 19 квітня 2021 року. Справа № 336/7734/20. Провадження № 1кп/354/2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96352078> (дата звернення: 24.07.2021).
3. Постанова Оболонського районного суду м. Києва від 18 грудня 2020 року. Справа № 756/15552/20. Ун.№756/15552/20. Пр.№3/756/7763/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93676025> (дата звернення: 24.07.2021).
4. Постанова Києво-Святошинського районного суду Київської області від 13.07.2020 року. Справа № 369/6029/20. Провадження № 3/369/3420/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90823850> (дата звернення: 24.07.2021).

5. Постанова Судової палати з розгляду кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення Чернівецького апеляційного суду від 22 жовтня 2020 року. Справа № 725/3889/20. Провадження № 33/822/477/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92373762> (дата звернення: 24.07.2021).
6. Рішення Вінницького міського суду Вінницької області від 08 липня 2021 року. Справа № 127/11466/21. Провадження № 2-а/127/130/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98374092> (дата звернення: 24.07.2021).
7. Постанова Шевченківського районного суду м. Львова від 11 серпня 2020 року. Справа № 466/5758/20. Провадження № 3/466/2266/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91057839> (дата звернення: 24.07.2021).
8. Постанова Личаківського районного суду м. Львова від 04 листопада 2020 року. Справа №463/8816/20. Провадження №3/463/1864/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92752192> (дата звернення: 24.07.2021).
9. Нежигай І. У Франції ввели обмеження та штрафи для водіїв електросамокатів. Українські національні новини. *Інформаційне агентство*. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1832334-u-frantsiyi-vveli-obmezheniya-ta-shtrafi-dlya-vodiyiv-elektrosamokativ> (дата звернення – 23.07.2021).
10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення регулювання відносин у сфері забезпечення безпеки окремих категорій учасників дорожнього руху (користувачів персонального легкого електротранспорту, велосипедистів та пішоходів): Проект Закону України № 3023 від 06.02.2020. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68074 (дата звернення: 25.07.2021).
11. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо відповідальності за порушення правил дорожнього руху особами, які керують самобалансуючими транспортними засобами обладнаними електродвигунами (електросамокат, сігвей, сегвіл, гіроскутер): Проект Закону України № 5732 від 05.07.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72433 (дата звернення: 25.07.2021).

Електронні ініціативи як інститут е-демократії: досвід України та Латвії

Лученко Д.В., д.ю.н., професор

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Із розвитком ІКТ (інформаційно-комунікаційних технологій) значно полегшується доступ громадян до управління державними справами. Запровадження такого зручного і легкодоступного інструменту, як електронна петиція (чи електронна ініціатива), надало людині можливість не тільки приєднуватися до вже створених ініціатив стосовно вирішення тих чи інших важливих питань, а й самій порушувати подібні ініціативи.

Користь від такого механізму взаємовідносин між владою і громадянами є безсумнівною, але значною мірою залежить від низки факторів. Перш за все, держава повинна створити необхідні умови для того, щоб електронні петиції дійсно стали дієвим механізмом впливу, а не фікцією, простою декларацією, яка не має жодного відношення до способу волевиявлення народу. Цю проблему ми докладно вивчали на прикладі вітчизняної практики роботи з електронними петиціями [1, с. 53-64], що оприлюднюються в порядку ст. 23¹ Закону України «Про звернення громадян» [2] (далі – Закон).

Частиною 1 цієї статті встановлено, що громадяни можуть звернутися до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, органу місцевого самоврядування з електронними петиціями через офіційний веб-сайт органу, якому вони адресовані, або веб-сайт громадського об'єднання, яке здійснює збір підписів на підтримку електронних петицій. Указана норма зумовлює особливість електронної петиції як форми звернення громадян, що адресується виключно до суб'єктів публічної влади, адже решта

передбачених Законом звернень можуть також подаватися й, наприклад, до підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності.

Так, незважаючи на наявність законодавчо встановленої процедури створення та розгляду електронних петицій, в Україні цей інститут електронної демократії залишається малоефективним, оскільки не сприймається владою як спосіб безпосереднього волевиявлення народу. На користь цього висновку достатньо навести два аргументи. Перший полягає у тому, що законодавство України не передбачає скільки-небудь вагомих юридичних наслідків підтримки конкретної електронної петиції громадянами у кількості, передбаченому законом для певного виду петиції, тобто, єдиним юридичним наслідком, передбаченим законодавством є обов'язок суб'єкта, якому адресована електронна петиція, розглянути її в установленому ст. 23¹ Закону порядку та надати відповідь. Крім того, законодавством не встановлено жодних заходів юридичної відповідальності, що могли би бути застосованими до суб'єкта, який не розглянув або розглянув з порушенням встановлених строків таку електронну петицію. Ці недоліки законодавчого регулювання інституту електронних петицій фактично зводять її значення до рівня звичайного звернення громадян. Другим аргументом є те, що на рівні законодавства не встановлено належних запобіжників щодо недопущення до публікації електронних петицій, які не відповідають меті цього інституту, не несуть жодної користі для суспільства, оскільки не спрямовані на задоволення публічного інтересу.

Єдине законодавче обмеження щодо оприлюднення електронних петицій встановлене у ч. 3 ст. 23¹ Закону. Відповідно до вказаної норми, електронна петиція не може містити заклики до повалення конституційного ладу, порушення територіальної цілісності України, пропаганду війни, насильства, жорстокості, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, заклики до вчинення терористичних актів, посягання на права і свободи людини.

Використання методу встановлення заборон у даному випадку не дозволило створити належну систему попереднього відбору електронних петицій перед їх опублікуванням. Законодавець не встановив жодних вимог, покликаних забезпечити належну цілеспрямованість такої форми звернення як електронна петиція.

Це стосується як суті постановлених питань, що досить часто не викликають суспільного резонансу, так і якості їх викладення. Серед недоліків викладення тексту електронних петицій, що зустрічаються найчастіше, варто виділити: непослідовність; незрозумілість формулювань; відсутність чітких пропозицій або вимог; наявність численних граматичних помилок. Часто автори не враховують призначення такої форми звернення як електронна петиція, не співвідносять її зміст із повноваженнями суб'єкта, якому петиція адресується. Таке безвідповідальне ставлення з боку громадян до формулювання електронної петиції, подання її без потреби, заради розваги чи власного піару, суттєво шкодить іміджу даного інституту електронної демократії, який покликаний сприяти: 1) посиленню участі, ініціативності та залученню громадян на національному, регіональному та місцевому рівнях публічного життя; 2) покращенню прозорості демократичного процесу прийняття рішень, а також підзвітності демократичних інститутів; 3) покращенню чутливості/зворотної реакції органів влади на звернення громадян; 4) публічним дебатам та зверненню уваги громадян на процес прийняття рішень.

Кардинально інше ставлення до інституту електронних петицій (електронних ініціатив) демонструють державні органи і суспільство в цілому в Латвійській Республіці. Достатньо не велика європейська країна з населенням трохи меншим ніж 2 млн. спромоглася створити найдієвіший у світі механізм залучення громадян до управління державними справами через інститут електронних ініціатив. Показник результативності електронних ініціатив сягає 67,5%. Це означає, що більш ніж 67 петицій зі 100 досягає своєї мети – втілення громадських ініціатив у законодавчі акти Латвійської Республіки. Цей показник ще більше вражає, якщо порівняти його зі статистичними даними, які характеризують ефективність вітчизняного інституту електронних петицій, де на кожен успішну приходиться близько 10 000 неуспішних (безрезультатних) зареєстрованих електронних петицій.

У чому ж причина такої надзвичайної успішності інституту електронних ініціатив в Латвійській Республіці? Можливо, ця дієвість зумовлена тим, що регламентом законодавчого органу Латвії передбачено, що будь-яка петиція, яка отримала підтримку 10 000 громадян, обов'язково має бути включена до порядку денного засідання Сейму. Однак, слід зазначити, що цей припис сам по собі не викликав особливого зростання популярності електронних ініціатив в країні. Справжній розвиток інституту електронних ініціатив розпочався в 2010 році з ініціативи двох громадян-ентузіастів: підприємця Кристофа Блауса (Kristofs Blaus) та експерта по маркетингу Яніса Ертса (Jānis Erts) [3]. Вони вважали, що гарні ідеї не мають залишатися вдома, а повинні дійти до тих, хто приймає рішення і ще далі. Так, у 2010 році розпочалася робота над створенням порталу, складанням перших ініціатив та їх просуванням до Сейму. У червні 2011 року на порталі ManaBalss.lv було розміщено лише дві ініціативи – «Відкриваємо офшори» і «Відкриваємо Сейм». Уже у перші години порталу було зібрано декілька сотень підписів, а двома днями пізніше Президент країни Валдис Затлерс (Valdis Zatlers) звернувся до нації із закликом щодо підтримки ініціатив. За два тижні законопроект, що стосувався відкриття офшорів був прийнятий законодавчим органом Латвійської Республіки.

Такий вражаючий результат і подальша діяльність порталу зробили ManaBalss.lv поворотною точкою в комунікації з громадськістю й співробітництві з Сеймом. У 2013 році видання *THE NEW YORK TIMES* [4] зазначало, що завдяки ManaBalss, Латвія очолила зусилля Європи, спрямовані на зміну форми політичної участі в Інтернеті. Сьогодні варто говорити про виникнення в Латвії феномену навіть не четвертої гілки влади, а надвлади, оскільки до платформи дослухаються, радяться з нею та намагаються отримати підтримку не тільки депутати Сейму, а й представники виконавчих органів влади.

Формат даного дослідження не передбачає проведення докладного аналізу всіх позитивних якостей і ризиків, які, безумовно, супроводжують діяльність платформи ManaBalss.lv як громадської організації, чий правовий статус унормований на загальному рівні нормативно-правовими актами, що регламентують діяльність NGO, а більш докладно його власним статутом. Тим не менш, ми можемо стати свідками того, що ця інституція цілком ймовірно здатна залишитися, мабуть, останнім рубежем, що непохитно відстоює права і свободи людини навіть у таких складних умовах як зараз. У той час, як ми спостерігаємо, що найстаріші демократії світу поступаються своїми цінностями на тлі панічного страху перед розповсюдженням COVID-19, латвійське суспільство за допомогою інституту електронних ініціатив і власне платформи ManaBalss.lv знаходить можливості протистояти пандемії, не порушуючи прав людини.

Так, сьогодні на платформі набирає голоси на свою підтримку ініціатива «Вакцинація повинна залишатися добровільною». Автори ініціативи вказують на неприпустимість (неетичність і протиправність) застосування заходів впливу, спрямованих на примушування людей до вакцинації від COVID-19. Подібні дії вважаються дискримінаційними по відношенню до людей, що не хочуть вакцинуватися, але мають право зробити свій вибір самостійно, а не під тиском (ініціатива вже набрала 52 тис. підписів, хоча достатньо 10 тис.).

Інша ініціатива «За відміну податкової реформи» покликана відмінити податкову реформу 2021 року, якою запроваджено підвищення податкового навантаження під час пандемії COVID-19.

Крім того, варто зазначити, що саме за ініціативи платформи ManaBalss.lv в Латвії розпочався процес узгодження з кредитними установами країни питання про надання кредитних канікул для жителів Латвії до закінчення кризи Covid-19.

Нами наведено яскраві приклади, які демонструють нам як один і той самий інструмент електронної демократії може бути і абсолютно неспроможним і надзвичайно дієвим. Його ефективність залежить як від готовності держави прислухатися до думки своїх громадян, так і від зрілості самого суспільства, яке повинно чітко усвідомлювати, що це за інструмент і як ним користуватися, а головне – від готовності громадян брати не себе відповідальність за добробут країни та людей, що в ній проживають.

Література

1. Лученко Д. В. Електронна петиція як форма оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів публічної влади. *Право України*. 2018. № 11. С. 53-64.
2. Про звернення громадян: Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 47. Ст. 256 (з наст. змінами і допов.).
3. URL: <https://manabalss.lv/pages/o-manabalss-lv>
4. URL: <https://www.nytimes.com/2013/04/10/world/europe/a-web-site-where-latvians-ideas-can-become-law.html>

Методологічні основи пізнання праксеологічного виміру правового механізму протидії корупції

*Макаренков О.Л., д.ю.н., доцент
Запорізький національний університет*

Продуктивна антикорупційна робота передбачає перманентний процес верифікації прийнятності (доцільності) застосованих заходів до конкретних життєвих обставин відповідного змісту. При цьому беруться до уваги чинники плинності самих правових відносин; законодавчих норм, якими вони врегульовані; сталою невідповідністю одне одному, а також їхніми вадами.

Законодавство завжди буде мати проблеми з чіткістю, однозначністю, своєчасністю, вичерпністю термінології та позначуваних нею понять. Практика їхнього застосування відображатиме різнобічні вектори багатоманітності та прагнення до її уніфікації. Суб'єкти правовідносин виявлятимуть прагнення вийти за законодавчо визначені межі та користуватимуться іншими соціальними регуляторами. Законодавець покликаний своєчасно оновити чинні норми законів з протидії корупції, взявши до уваги усе продуктивне в сфері утвердження стандартів добросовісного перебігу правових відносин, що було відтворене громадянським суспільством.

Вищенаведене означає, що суб'єкт антикорупційного правозастосування щонайменше розуміє потужність й складність соціальної взаємодії. Відповідно він спостерігає, очікує, прораховує і/або виявляє усі суттєві зміни правовідносин. Синергія можливих варіантів розвитку цих змін, їхні критичні точки напруження та часові моменти прояву вимагають спільної злагодженої роботи. Й, що важливо, не втрачаючи та виявляючи такі самі зміни у своїх інституціях. Наприклад, через переймання досвіду й накопичення конструктивних пасіонарних попередніх поколінь правозастосовників (у т. ч. зі сфери публічного адміністрування), наступництво найкращих традицій самоорганізації, комунікації (у т. ч. міжінституційної) та управління (у т. ч. оволодіннями техніками криза-менеджменту, стресостійкості, які потрібно буде застосовувати регулярно і/або довготривало) трудовими колективами.

Формально-догматичний метод в межах позитивістської теорії праворозуміння (у т. ч. поєднаний з логікою, лінгвістикою права та природно-правовим підходом до розуміння права) виявляє свої прикладне значення й утилітарну суть тоді, коли постає питання змістовності антикорупційного законодавства, яке застосовується, а саме: а) ключові характеристики профільних нормативно-правових актів (кількість, обсяг); б) предмети, які ними не охоплені; в) логічність структури та її актуальні корективи; г) варіанти систематизації (кодифікації); д) поняттєвий апарат, наприклад, обрання законодавцем термінів – «неправомірна вигода» (замість хабарництва), «бездоганна ділова репутація», «викривач», уточнення понять «незаконне збагачення», «близькі особи», «члени сім'ї», відсутності визначень понять – «побут», «громадськість», «логічний та арифметичний контроль», використанні оціночних термінів-дефініцій – «гостинність», «надмірний», «вибірковий»; прийнятність доктринальних понять – «активна і пасивна корупція», «кримінальна корупція» тощо; е) прогалини, колізії й тенденції розвитку. Цей метод дозволяє побачити, що, наприклад, зміст Конституції України від 28.06.1996 р. не містить

антикорупційних норм жодних типів, на відміну від норм Конституції Республіки Філіппіни від 02.02.1987 (ст. 2 розділів 27 і 28).

Герменевтика права дозволяє поєднати наявні формулювання у законах антикорупційного змісту з відповідними уявленнями свідомості суб'єктів правозастосування, а також із тими правилами (їхнім описом), що мали б бути відображені у законі, оскільки вони існують у природі, проте відсутні в ньому. Кореляції цих трьох параметрів тим сильніші, чим розвиненіше правова свідомість зазначеного суб'єкта. Через свою багатогранну роботу інтелекту, чуття та інших високих форм прояву духу він тлумачить право, поєднуючи усі три елементи в один – той, що найбільшою мірою підходить до змісту та суті правових відносин, до яких норма закону із протидії корупції застосовується. Формально така робота суть вираження верховенства права у дії. Наразі поширено здійснюється за правилами тлумачення норми права судьями, прокурорами, детективами НАБУ та іншими суб'єктами.

Верифікація адекватності правозастосування відбувається також історико-правовим методом. З його допомогою констатуємо мінливість, зростання обсягу, ускладнення інститутів антикорупційного права. Наприклад, нині чинний в Україні профільний антикорупційний закон четвертий (до нього діяли аналогічного змісту закони 1995, 2009 та 2011 років); єдиний кодифікований акт з протидії корупції відсутній, хоча обсяг нині чинного відповідного закону зріс на 62% – з 24 408 слів у 2014 р. до 39 280 слів у 2021 р.; спостерігається тенденція збільшення законодавчих актів відповідного профілю, а саме: а) Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів : Закон України від 10.11.2015 № 772-VIII ; б) Про Вищий антикорупційний суд : Закон України від 07.06.2018 № 2447-VIII ; в) Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення Закон України від 06.12.2019 № 361-IX; г) зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X (глава 13-А); Кримінального кодексу України від 05.04.2001 № 2341-III (ст. 368-5 Незаконне збагачення, зміни, згідно із Законом № 263-IX від 31.10.2019; та інші); а також роз'яснення НАЗК та інші підзаконні акти.

Міжгалузеві зв'язки (конституційно-, кримінально- та адміністративн-правові й процесуальні норми), комплексність антикорупційних інститутів та їхні екстериторіальні зв'язки виявляємо через компаративно-правовий метод. Його дія дозволяє побачити розбіжності правового регулювання відносин у сфері протидії корупції, достатні передумови для переймання позитивного досвіду, наприклад, Ж. Моне відзначив, що до європейської інтеграції необхідно йти поступово, покоління за поколінням. Поєднуючи потенціал цього методу з інструментами антропології, соціології права та інших методологічних підходів визначаємо етнографічні переваги власної нації у питаннях відтворення повсякденних добродесних практик публічно-правової взаємодії, логіку розвитку міжнародно-правового антикорупційного простору, відсутність єдиних світових практик добродесного врядування, їхню регіоналізацію, наприклад, для країн колишнього СРСР; засновниць ЄС і нинішнього складу ЄС; Європи, її Східного, Північного й Південного регіонів; Латинської Америки тощо.

Біографічний метод спрямований на вивчення конструктивних практик антикорупційної боротьби великих правників (політиків, економістів, управлінців), наприклад, Італійської Республіки – Бориса Джуліано (поліцейського інспектора, 21.07.1979), Чезаре Терранова (магістрат, 25.09.1979), Рокко Чіннічі (магістрат, 29.07.1983), Джованні Сальваторе Агусто Фальконе (магістрат, 23.05.1992), Паоло Емануель Борселіно (магістрат, 19.07.1992); Швейцарської Конфедерації – Карла дель Понте (прокурор); Республіки Словаччина – Яна Куцяка і Мартіна Кушнірова (21.02.2018); Республіки Мальта – Дафна Анна Каруана Галіція (16.10.2017, вибух авто) ; українські – журналісти Г. Гонгадзе (17.09.2000), В. Сергієнко (04.04.2014), К. Гандзюк (31.07.2018 – 04.11.2018); Королівства Іспанія – К. Кастресана (прокурор); Республіки Сінгапур – Лі Куан Ю (керівник країни); а також контрпродуктивного досвіду корупціонерів.

Структурно-функціональний та інші методи системного методологічного підходу умовлюють урахування дії антикоупційної норми права і/або іншого елементу антикоупційної інфраструктури як єдиного цілого механізму, його перспективи перетворення на інституційну сталу політику права доброчесності, а не гострих соціальних конфліктів та інших подібних криз [1].

Отже, праксеологічний вимір правового механізму протидії коупції предмет апробації когнітивних здібностей, перш за все, співробітників юстиції, а також інших посадових осіб та органів публічної влади, рішення яких стають ключовими актами правозастосування у справах антикоупційного змісту. В межах Західної та Східної традицій права найбільша відповідальність з утвердження доброчесності, а, особливо, під час перебігу публічно-правових відносин, належить прокурорам і суддям. У цьому зв'язку високість їхньої соціальної місії обумовлена спроможністю забезпечити відповідність вищезазначеного напрямку правозастосовної роботи принципу верховенства права. Для України, яка нині перебуває на етапі становлення системи протидії коупції на інституційній основі, утвердження цього принципу в антикоупційній політиці має першочергове значення. Це вимагає, перш за все від парламенту і органів юстиції, виходу за межі прикладних задач позитивістського праворозуміння та системної роботи на безперервній основі з виявлення ефективних способів привнесення у практику правових відносин стандартів доброчесності.

Література

1. Ульченко Н. Ю. Формирование закономерностей экономического развития Турции институциональные аспекты : дис. ... д. економ. н.: 08.00.14. М. : 2016. 424 с.

До характеристики адміністративно-правового статусу митних органів України

*Макушев П.В., д.ю.н., професор
Університет митної справи та фінансів*

Належне організаційне забезпечення діяльності державних органів, їх посадових осіб, правильне визначення оптимальних форм реалізації адміністративно-правового статусу цих органів мають важливе значення для ефективного виконання покладених на них завдань та обов'язків, реалізації їх функцій і повноважень. Форми реалізації адміністративно-правового статусу митних органів, на нашу думку, можна розглядати як форми управлінської діяльності цих органів, які в сучасних умовах реформування державних органів потребують покращення, тому вдосконалення та розвиток організаційних форм реалізації адміністративно-правового статусу мають важливе значення для підвищення ефективності діяльності митних органів.

Нормальна діяльність митного органу, як і будь-якого іншого органу державної влади, залежить від багатьох факторів, серед яких надзвичайно важливими є організаційні форми реалізації адміністративно-правового статусу цих органів. Їх можна розглядати і як певні гарантії ефективної діяльності, виконання завдань і функцій митних органів.

Дослідження організаційних форм реалізації адміністративно-правового статусу митних органів доцільно розпочати з визначення понять «форма», «форма діяльності». У сучасній науковій літературі поняття «форма» (від лат. forma – зовнішній вигляд, зовнішній вияв, зовнішнє вираження) в тому чи іншому варіанті трактується як зовнішній обрис предмета, його вид або зовнішнє вираження якого-небудь змісту [1, с. 489]. Як вказує В. В. Галуцько, форми діяльності того чи іншого державного органу – це зовнішнє вираження дій органу державної влади або його посадових осіб, які здійснюються в межах своєї компетенції [2, с. 204]. Саме через форми діяльності органів виконавчої влади, на думку Ю. П. Бітяка, відбувається реалізація компетенції цих органів [3, с. 85].

На основі запропонованих позицій учених вважаємо за можливе визначити такі основні ознаки організаційних форм діяльності митних органів: мають допоміжний характер

відносно правових форм діяльності митних органів; забезпечують практичну реалізацію завдань і функцій митних органів; здійснюються виключно з використанням посадовими особами митних органів своїх організаційних повноважень; є відносно самостійними та універсальними; спрямовані на забезпечення ефективної діяльності митних органів; їх використання не спричиняє настання відповідних правових наслідків; спрямовані на забезпечення чіткої роботи митних органів і покращення їх діяльності.

Слід сказати, що специфіка форм реалізації правового статусу митних органів полягає в тому, що вони регламентуються нормами різних галузей права – адміністративного, фінансового, податкового тощо. Практична реалізація повноважень митних органів передбачає здійснення ними управлінської діяльності, яка відбувається в основному в правових формах – правотворчій і правозастосовній, а також в організаційних, зокрема проведенні митними органами нарад, інструктажів, семінарів, інформуванні та консультуванні з питань державної митної справи, аналітичній діяльності, прогнозуванні, плануванні тощо. Отже, серед форм реалізації адміністративно-правового статусу митних органів необхідно розрізнити правову (ухвалення нормативних та індивідуальних правових актів, укладання адміністративних договорів у галузі митної справи) й організаційну (аналітична робота, проведення нарад, консультування, інформування, розгляд звернень громадян тощо) форми.

Розвиток України як незалежної, демократичної, правової держави зумовив активну участь громадян у суспільному житті, контроль громадськості за діяльністю органів державної влади, здійсненням державної політики у різних сферах життєдіяльності суспільства та держави. З огляду на це, сьогодні дуже важливою організаційною формою діяльності митних органів є розгляд звернень громадян, які є важливим засобом реалізації громадянами своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів. Така діяльність є показником демократичності та соціальної спрямованості держави, ставлення до людини як до найвищої соціальної цінності. Конституцією України [4] визначено, що всі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, які зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк (ст. 40).

Згідно із законом України «Про звернення громадян» громадяни України мають право звернутися до органів державної влади, місцевого самоврядування із зауваженнями, скаргами та пропозиціями, що стосуються їх статутної діяльності, заявою або клопотанням щодо реалізації своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів та скаргою про їх порушення (ст. 1) [5]. Одним із найважливіших, найдієвіших звернень громадян, що виступає також засобом забезпечення законності й дисципліни в діяльності державних органів, є скарга.

Іншими важливими організаційними формами діяльності митних органів є інформування та консультування з питань державної митної справи, проведення роз'яснювальної роботи серед населення з питань їх діяльності.

Основними формами роз'яснювальної роботи серед населення є: проведення лекцій, семінарів, конференцій; публікація повідомлень у засобах масової інформації з питань здійснення митної справи; розміщення матеріалів, що стосуються державної митної політики, у мережі Інтернет, на офіційному сайті Державної фіскальної служби України, а також на неофіційних сайтах; організація зустрічей населення з представниками митних органів. Суттєвим напрямком роз'яснювальної роботи є проведення посадовими особами митних органів відповідних заходів серед осіб, які навчаються у вищих і професійно-технічних навчальних закладах. Основними формами роз'яснювальної роботи серед цієї категорії населення є: проведення науково-комунікативних заходів щодо здійснення державної митної політики; організація систематичних зустрічей студентів із працівниками митних органів; вивчення діяльності митних органів зарубіжних країн та можливості

запровадження зарубіжного досвіду митного регулювання в діяльність митних органів України.

Досліджуючи організаційні форми реалізації адміністративно-правового статусу митних органів, на нашу думку, варто акцентувати увагу на важливості здійснення ними аналітичної роботи. Аналітична робота є надзвичайно важливою в діяльності митних органів у процесі здійснення митного контролю, який є одним з основних засобів здійснення державної митної справи, зокрема при застосуванні системи управління ризиками, без чого неможливо реалізувати принцип вибіркової митного контролю, забезпечити законність переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України.

Таким чином, можна зробити висновок, що під організаційними формами реалізації адміністративно-правового статусу митних органів варто розуміти зовнішнє вираження їх діяльності шляхом здійснення відповідних організаційних дій (проведення нарад, інструктажів, контрольних заходів, семінарів, інформування, консультування з питань державної митної справи, розгляд звернень громадян, аналітична діяльність, матеріально-технічні операції тощо), через які реалізується їх компетенція. Встановлено, що робота митних органів не може бути здійснена належним чином без використання організаційних форм їх діяльності, адже вони забезпечують підвищення ефективності здійснення митними органами своїх функцій і повноважень, реалізацію їх компетенції. Особливо важливого значення набувають такі організаційні форми реалізації адміністративно-правового статусу митних органів, як розгляд звернень громадян, інформування та консультування з питань державної митної справи, здійснення аналітичної роботи та матеріально-технічні операції, зокрема належне оформлення митних документів.

Література

1. Философский энциклопедический словарь / ред.-сост. : Е. Ф. Губский, Г. В. Кораблева, В. А. Лутченко. Москва : Инфра-М, 1998. 576 с.
2. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / В. Галунько та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. 446 с.
3. Адміністративне право : навч. посіб. для здобувачів вищ. освіти / Ю. П. Битяк та ін. 2-ге вид., допов. та переробл. Харків : Право, 2017. 184 с.
4. Конституція України : Основний закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL.: <http://www.zakon.rada.gov.ua/go/254k/96-вр>.
5. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР. URL.: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-вр>.

Сучасне розуміння конституційного права на соціальний захист

Малюга Л.Ю., д.ю.н., доцентка

Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті 1 Конституції України [1] визначено, що Україна є соціальною державою, тобто державою, яка визнає людину найвищою соціальною цінністю та функціонування якої спрямоване на утворення умов, які забезпечують життя і вільний розвиток людини, а також її захист у разі потрапляння в складну життєву ситуацію. Згідно зі статтею 3 Основного Закону, людина, її життя і здоров'я визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Тому держава відповідає перед людиною за свою діяльність, а захист прав і свобод людини є головним її обов'язком.

Одним із різновидів конституційних прав людини і громадянина є права громадян України на соціальний захист, проголошені статтею 46 Конституції України [1], які включають право громадян на забезпечення у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також по старості та в інших випадках, передбачених законом. Конституційні соціальні права є показником гуманізації суспільства і держави, а також забезпечують розвиток суспільства і

держави по шляху надання підтримки окремих соціально вразливих категорій осіб, які не можуть самостійно забезпечувати свою життєдіяльність на належному рівні.

Актуальність дослідження питання конституційного права на соціальний захист обумовлена тим, що соціальний захист є тісно пов'язаним із рівнем життя громадян держави. Саме тому, в умовах соціального розшарування українського суспільства та різкого зниження рівня забезпеченості як економічно неактивної частини населення, так і економічно активної, проблеми соціальної захищеності громадян є одними з першочергових для дослідження та актуальними для теоретичного переосмислення їх юридичного змісту. Крім того, на переконання Бориченко К. В., точку зору якої ми підтримуємо, у зв'язку з трансформацією суспільних відносин, що становлять предмет галузі право соціального забезпечення, розширенням приватноправових засад у сфері соціального захисту, появою нових його видів, суб'єктів, розширенням кола соціальних ризиків, це питання набуває нового значення та особливої актуальності [2, с. 48].

Ж.М. Богословська визначила поняття суб'єктивних конституційних прав на соціальний захист, як закріплені нормами Конституції та законів України можливості громадян України на пенсійне забезпечення, страхові та інші соціальні допомоги, соціальні пільги та соціальне обслуговування, що гарантуються загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, недержавним пенсійним страхуванням, створенням мережі державних, комунальних та приватних закладів із догляду за непрацездатними особами та виплатами не менше від прожиткового мінімуму, встановленого законом, пенсій та інших видів соціальних виплат та допомог, якщо вони є основним джерелом для існування [3, 53]. Підхід науковця характеризується тим, що конституційне право на соціальний захист визначається як «можливості», тобто наявність умов для отримання соціального захисту. Окрім цього, вчена в даній дефініції наводить види соціального захисту, а також вказує на те, які органи його забезпечують. Ж.М. Богословською підкреслюється, що сутність соціального захисту полягає в тому, що такі виплати та допомоги повинні мати значення основного джерела існування для того, щоб особа мала право на їх отримання.

Із точки зору О.С. Шморгуна, конституційне право на соціальний захист – це закріплена Конституцією України відповідно до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, змога фізичної особи мати соціальне забезпечення у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом у вигляді пенсії, інших видів соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, не нижчим за прожитковий мінімум, установлений законом [4, с. 94]. На відміну від раніше розглянутих позицій, О.С. Шморгун підкреслює, що конституційне право на соціальний захист є правом, яке визначене саме у нормах Основного Закону. Сам зміст дефініції відповідає положенням статті 46 Конституції України [1], і у ній визначено специфіку, пов'язану з підставами для надання соціального захисту, формами соціального захисту, а також умовами соціального захисту.

На думку Бориченко К.В., право на соціальний захист є основним, соціальним, майновим, регулятивним, індивідуальним правом людини, що реалізується на основі поєднання публічно– й приватноправового регулювання шляхом виконання уповноваженими суб'єктами позитивних зобов'язань з метою задоволення інтересу людини щодо отримання конкретних видів соціального захисту для попередження, подолання чи пом'якшення несприятливих наслідків соціальних ризиків, адаптації до нових умов життєдіяльності. Лише у випадку наділення правом на соціальний захист сім'ї воно набуває ознак колективного суб'єктивного права, при цьому інші характерні риси досліджуваного права не змінюються [5, с. 54].

Згідно зі статтею 46 Конституції України [1] громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. Із змісту цієї норми можна зробити

висновок, що конституційне право на соціальний захист – це, передусім, гарантоване право особи на матеріальне забезпечення у визначених випадках втрати доходів і неможливості їх отримання власними зусиллями. Аналізуючи закріплену в Конституції норму, на нашу думку, необхідно виділити наступні особливості конституційного права на соціальний захист: 1) соціальний захист, згідно з конституційними положеннями, розповсюджується на осіб, які частково або тимчасово втратили працездатність, втратили годувальника, стали безробітними з незалежних від них обставин, а також у випадку настання старості; 2) передбачений у статті 46 Конституції України перелік осіб, які претендують на отримання соціального захисту, є невичерпним і є розширеним у положеннях інших нормативно-правових актів вітчизняного законодавства; 3) право на соціальний захист «включає право на забезпечення», а отже конституційне право на соціальний захист передбачає соціальне забезпечення, а також інші форми соціального захисту.

Роль конституційного права на соціальний захист варто встановити зі змісту статті 46 Конституції України [1], яку варто розглядати у двох аспектах. По-перше, зазначене право є одним з основних прав, які належать усім громадянам, воно є невідчужуваним та може бути реалізоване будь-якою особою у випадку дії на них факторів соціального ризику. По-друге, конституційне право на соціальний захист є фундаментальним для всієї бази соціального законодавства, прийнятого в Україні.

Таким чином, конституційне право на соціальний захист – це основне, універсальне та невідчужуване, закріплене у Конституції України, право людини на задоволення її потреби в отриманні захисту від держави у формі безповоротної матеріальної чи нематеріальної допомоги, спрямованої на подолання чи пом'якшення несприятливих наслідків соціальних ризиків і забезпечення існування особи, яка за тих чи інших життєвих обставин позбавлена можливості забезпечувати себе та свою сім'ю самостійно, і така матеріальна чи нематеріальна допомога є її основним джерелом для існування.

Література

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141.
2. Бориченко К.В. Юридичний механізм забезпечення права на соціальний захист: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.05. Одеса, 2020. 452 с.
3. Богословська Ж. М. Поняття конституційного права громадян України на соціальний захист. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2009. № 1 (42). С. 46-54.
4. Шморгун О. С. Конституційне право особи на соціальний захист (поняття і зміст). *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Випуск 4 (25). Том 1. С. 91-95.
5. Бориченко К.В. Юридичний механізм забезпечення права на соціальний захист: проблеми теорії та практики: монографія. Одеса: Фенікс, 2019. 552 с.

Інститут податкової амністії: сучасний стан та перспективи розвитку

*Мацелик Т.О., д.ю.н., професорка
Університет державної фіскальної служби України*

З 1 січня 2017 року Україна приєдналась до міжнародної програми розширеного співробітництва з питань імплементації Плану дій BEPS, участь у якій на сьогодні беруть понад 135 країн і юрисдикцій, що зумовило активну імплементацію Плану BEPS у чинне законодавство, та, зокрема, суттєво відображається в оновленні, зміні, трансформації чинних норм Податкового кодексу України та прийнятті нових. Модерним інститутом сучасної теорії податкового права, який потребує концептуального осмислення є інститут податкової амністії. Варто зазначити, що однією із новел сучасного податкового законодавства є прийняття Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо стимулювання детінізації доходів та підвищення податкової культури громадян шляхом

запровадження одноразового (спеціального) добровільного декларування фізичними особами належних їм активів та сплати одноразового збору до бюджету» № 1539-IX.

Зазначений документ було розроблено з метою детінізації економіки, створення передумов для подальшої імплементації в Україні Плану протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування (Плану дій BEPS), який був розроблений Організацією економічного співробітництва та розвитку для боротьби з розмиванням бази оподаткування і переміщенням прибутків за кордон, а також заходів з лібералізації валютного регулювання.

Закон надає можливість добровільного одноразового (спеціального) декларування активів фізичних осіб з наданням державних гарантій у частині звільнення декларантів від адміністративної та кримінальної відповідальності за несплату податків і зборів з доходів, що стали джерелом походження таких активів, за умови сплати збору з одноразового (спеціального) добровільного декларування.

Зазначена процедура добровільного одноразового (спеціального) декларування в науковій літературі визначається як один із різновидів податкової амністії.

Уряди іноземних держав часто зверталися до податкової амністії в рамках своїх фіскальних програм. Амністія, як правило, дозволяє фізичним особам або компаніям сплачувати раніше несплачені податки, не підлягаючи деяким або всім фінансовим та кримінальним штрафам, які зазвичай передбачає виявлення ухилення від сплати податків. За останні двадцять років майже сорок штатів США запровадили певну форму податкової амністії, іноді більше одного разу. Багато інших країн також застосовували одну або кілька амністій. Ці країни включають країни у всіх частинах світу: у Європі (Бельгія, Франція, Ірландія, Італія, Швейцарія), Латинській Америці (Аргентина, Болівія, Бразилія, Чилі, Колумбія, Коста-Ріка, Еквадор, Гондурас, Мексика, Панама, Перу, Уругвай), Азії (Індія, Малайзія, Пакистан, Шрі-Ланка) та Тихоокеанського регіону (Австралія, Індонезія, Нова Зеландія, Філіппіни).

Податкова амністія є суперечливим інструментом доходу. Очевидною метою податкової амністії є збільшення короткострокових доходів. Це може спрацювати, а може і не працювати, і це може спричинити очікування щодо майбутніх амністій, тим самим зменшуючи дотримання законодавства платниками податків після амністії [1].

В результаті аналізу досвіду зарубіжних країн та здобутків вітчизняної та зарубіжної наукової думки варто виокремити основні елементи податкової амністії: а) право – хто з платників податків має права скористатися податковою амністією; б) охопленість – які податки підпадають під зазначену процедуру; в) стимули – передбачають сплату заявленої суми одноразово або ж частинами протягом встановленого періоду; г) тривалість – амністія може бути одноразовою (проводиться, зокрема, протягом року або ж проводиться декілька разів) (законодавство окремих країн передбачає постійно діючу амністію: Швеція, Канада, Нідерланди, Норвегія).

У прийнятому Законі є три важливі речі – це розкриття інформації, легалізація активів, відкуп. Однак, не повністю прозоро прописана процедура реалізації, така, на нашу думку, може бути різною, що певною мірою залежатиме від перевірки інформації, яка міститиметься в деклараціях.

Розкриття інформації – це заява платника податків про готовність звітувати про всі активи, як матеріальні, так і нематеріальні, як рухомі, так і нерухомі, що використовувались для підприємницької діяльності чи ні, які знаходяться всередині держави та/або за кордоном. З цього приводу необхідно зазначити про Стандарт обміну податковою інформацією CRS, що передбачає застосування країнами – учасницями раз на рік законодавчих і технічних засобів в автоматичному режимі, які забезпечують, без додаткових умов і зусиль передачу і отримання податкової інформації про активи громадян. Отримувати інформацію будуть стосовно тих громадян, які відкрили рахунки (створили інші активи) в іноземних державах, котрі підписали угоди щодо обміну інформацією. Зазначений Стандарт забезпечить узагальнений вигляд наявних двосторонніх угод щодо обміну податковою інформацією та

про уникнення подвійного оподаткування. Тобто, фактично така інформація наявна в органах фіскальної служби, а платникам податків залишається фактично її підтвердити.

Легалізація активів. Подання спеціальної декларації надає можливість платникам податків легалізувати активи, про які ще не повідомлялося, та набуття яких супроводжувалось можливим (частковим) ухиленням від сплати податків, що могло бути зумовлене недбалістю або обставинами, на які не впливав платник податків.

Відкуп – це виплата грошової суми до державного бюджету з метою отримання податкової амністії у формі звільнення від права держави стягувати податки, які повинні виплачуватися за рахунок розкриття активів платником податків

Ставки збору за легалізацію активів чітко передбачені, натомість варто звернути увагу на досвід Індонезії та, можливо, запропонувати диференційований підхід. Так, збір відповідно до Закону Індонезії № 11 від 2016 року про податкову амністію поділявся за трьома напрямками, а саме:

Платники податків, які мають активи на території Індонезії або передали та інвестували активи за межі території Індонезії протягом мінімального періоду в 3 роки, сплачували викуп за певною ставкою. Платники податків сплачували 2% за подання Звіту протягом першого місяця до кінця третього місяця з моменту застосування податкової амністії, 3% за період четвертого місяця до 31 грудня 2016 року та 5% за період з 1 січня 2017 року до 31 березня 2017 року.

Платники податків, які мали активи, які знаходились за межами території Індонезії і не передавались на територію Індонезії, сплачували викуп за певною ставкою. Платники податків сплачували 4% за подання Декларації протягом першого місяця до кінця третього місяця з моменту застосування закону про податкову амністію, 6% за період четвертого місяця до 31 грудня 2016 року та 10% за період з 1 січня 2017 року до 31 березня 2017 року.

Для платників податків, обіг бізнесу яких становив до 4,8 млрд. в минулому податковому році, ставка 0,5% для платників податків, які розкривають вартість активів 4,8–10 млрд. та 2%, якщо вартість активів перевищує 10 мільярдів [2].

Зарубіжні вчені аналізуючи результати політики податкової амністії зазначають, що успіх вимірюється двома факторами: податковими надходженнями до бюджетів; кількістю суб'єктів, що прийняли участь у відносинах. Саме такий ефект від політики податкової амністії варто визначати як короткостроковий, разом з тим в довгостроковій перспективі варто звернути увагу на негативний ефект котрий можливий у зв'язку з наявністю факторів: а) які можуть спонукати інші правоохоронні органи задіяти механізми передбачені чинним законодавством у сфері боротьби з корупцією та/або відмивання коштів отриманих злочинним шляхом; б) які дають можливість сприймати податкову амністію добросовісними платниками податків як несправедливу податкову пільгу для недобросовісних суб'єктів, що не сприятиме дотриманню норм податкового законодавства; в) «податкова амністія як інструмент фіскального регулювання має окрім позитивних наслідків, таких як виведення доходу з тіні, поповнення бюджету (податкова амністія в Бельгії), також і ризики пов'язані з подальшим приховуванням доходів, у разі якщо це неодноразове явище, а буде повторюватися з певною періодичністю в майбутньому: платники податків отримують помилковий сигнал від держави, що несплата податків може бути» [3, с. 34].

Таким чином варто підсумувати, що в багатьох країнах світу податковій амністії відбувались ще наприкінці минулого століття, разом з тим крім податкової амністії урядами одночасно використовувались інші податкові інструменти, зокрема, в Аргентині , Франції здійснюючи репатріацію капіталу передбачали заходи їх інвестування в економіку держави; Ірландія провівши одноразову амністію 1988 року збільшувала кількість податкових аудиторів та посилювала санкції.

В Україні зазначені заходи проводяться безсистемно, амністія має бути складовою масштабної реформи податкового законодавства, яку варто визначити у відповідній стратегії, що дасть можливість суб'єктам податкових правовідносин розуміти перспективні плани суб'єктів владних повноважень та відповідно формувати свої концепції розвитку. До того ж

зазначені заходи уявляються можливими та перспективно-ефективними виключно за умови попереднього усунення причин, які обумовлювали ухилення від сплати податків та зборів.

Література

1. Alm, James and Rath, David M, Tax Policy Analysis: The Introduction of a Russian Tax Amnesty (October 1998). GSU Andrew Young School of Policy Studies Working Paper No. 98-6, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=471321> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.471321>
2. Nur Sayidah & Aminullah Assagaf | Collins G. Ntim (Reviewing editor) (2019) Tax amnesty from the perspective of tax official, Cogent Business & Management, 6:1, DOI: 10.1080/23311975.2019.1659909
3. Сльозко О.О., Глазова А.Б. Позитивний досвід податкових амністій розвинутих країн для України. *Світова економіка та міжнародні відносини*. 2015. №5. С. 27-35.

НІ – джерелам адміністративного права.

ТАК – правовим регулятором-обмежником діяльності публічної адміністрації

*Мельник Р.С., д.ю.н., професор, професор Вищої школи права, директор
Центр німецького права Університету КАЗГЮУ імені М. С. Нарікбаєва*

Суб'єкти публічного адміністрування мають двоєдине завдання: з одного боку, вони покликані займатися **виконавською** діяльністю (виконувати, реалізовувати, втілювати у життя вимоги Конституції та законів України, а також політичні рішення), а з другого, – **розпорядчою**, пов'язаною із розробкою підзаконних актів, пошуком найбільш оптимальних засобів реалізації управлінських завдань, визначенням своєї структури, розподілом повноважень, підбором персоналу тощо. Спільним для названих видів діяльності є те, що вони можуть здійснюватися виключно у встановлених юридичними нормами межах.

Дуже доречно у зв'язку з цим виглядають слова Ф. Веніславського, який пише: «У демократичній, правовій державі, якою Україну проголошено – на конституційному рівні, загально-визнаними типами правового регулювання є два основоположні, базові принципи: загально-дозвільний – «дозволено все, що не заборонено законом» та спеціально-дозвільний (чи дозвільний) – «заборонено все, що прямо не дозволено законом», або, інакше кажучи, «**дозволено лише те, що прямо передбачено законом**» (виділено мною. – Р.М.). При цьому, якщо перший принцип зумовлює зміст і спрямованість поведінки людини та всіх інститутів громадянського суспільства, яким гарантується можливість діяти будь-яким чином та у будь-який спосіб, не порушуючи індивідуальну свободу, права інших людей чи законодавчо встановлені заборони, то другий принцип, поширюючи свій нормативний вплив на органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, суттєво обмежує цих суб'єктів у виборі варіантів чи моделі своєї поведінки. Адже вони зобов'язані діяти лише таким чином та у такий спосіб, як це прямо передбачено конституційно-правовими нормами і лише в межах закріпленої за ними компетенції» [1].

Таким чином, ключовим словом, яке підкреслює зміст спеціально-дозвільного принципу, є «обмеження», за допомогою якого наголошується, що суб'єкти публічного адміністрування не є вільними у межах своєї виконавської та розпорядчої діяльності, а обмеженими, зокрема, правом. Інакше кажучи, правові норми, у нашому випадку, норми адміністративного права, з одного боку, **регулюють** діяльність суб'єктів публічного адміністрування (відповідають на запитання «як це робити, що саме робити, хто має це робити»), а з другого, – головне, **обмежують** її (відповідають на запитання «до якої межі, по відношенню до кого і за яких умов це робити»).

Викладене, відповідно, дає підстави для аналізу правових регуляторів-обмежників діяльності суб'єктів публічного адміністрування, про що, власне, і буде йтися нижче.

Для адміністративно-правової доктрини традиційною є категорія «**джерело адміністративного права**», під якою, не зважаючи на наявність різних поглядів, у

переважній більшості випадків розуміють зовнішню форму закріплення та вираження норм адміністративного права [2, с. 96; 3, с. 51]. Аналізуючи цю проблематику, автори пишуть про наступне: «Потреби практичного розв'язання завдань щодо забезпечення комплексного регулювання публічного управління зумовлюють розмаїття і чисельність джерел адміністративного права. Це ускладнює процес реалізації адміністративно-правових норм державними та недержавними органами, об'єднаннями громадян, підприємствами, установами, організаціями, громадянами...» [4, с. 140]. Ці та інші подібні думки, безумовно, є правильними, проте у них не робиться наголос на тому, що ми маємо не просто вивчати їх, оскільки це важливо для реалізації правових норм, а тому, що вони визначають межі діяльності суб'єктів правозастосування, створюють необхідну основу для контролю за їх діями та рішеннями, сприяють утвердженню правової визначеності у взаємовідносинах між приватними особами та представниками держави. Саме такий аспект є більш важливим для налагодження адміністративно-правових відносин. З огляду на це, власне, мною пропонується зміна термінологічного апарату у цій частині із введенням в юридичний обіг категорії «**правовий регулятор-обмежник**». Водночас варто наголосити й на тому, що такі категорії, як джерело права, так і форма права, що є традиційними, не відображають тих завдань, які покладаються на норми адміністративного права у сфері публічного адміністрування; вони роблять акцент на формі (способі) закріплення норми права, а не на тій функції, яка за допомогою цієї норми виконується.

Погоджуються з викладеною думкою також і німецькі автори, які пишуть з цього приводу наступне. Використання категорії «**правове джерело**» є проблематичним з різних позицій. Насамперед треба сказати, що ця категорія являє собою метафору, яка, не зважаючи на свою наочність, є неточною. «Системна картина» джерел не дає змоги зрозуміти, яку правову категорію покладено у її підґрунтя. Якщо розуміється повна правова маса адміністративного права, то категорія «джерело» є зайвою. Адміністративне право може бути представлене у вигляді посудини, яка наповнюється з різних джерел. Проте оскільки у сучасній правовій державі право не лише «тече з джерел», а й твориться шляхом законотворчості, підзаконної нормотворчості, то поняття правове джерело охоплює собою не те, звідки береться право, а форми, в яких воно існує... Вирішальне заперечення проти використання адміністративно-правового вчення про правові джерела полягає у тому, що воно не здатне обґрунтувати обов'язковість правової норми. Підстави для цього досить прості. Основний закон встановлює, що виконавча влада зв'язана законом та правом. Таким чином, обов'язковість права для адміністрації встановлюється безпосередньо Основним законом, а не впливає з розмитого вчення про правові джерела. «Які категорії правових норм підпадають під поняття «право» є, таким чином, конституційно-правовим питанням, а не питанням вчення про правові джерела». Отже, поняття «правове джерело» повинно обмежуватися виключно теоретико-правовими дискусіями. В адміністративно-правовій догматиці, навпаки, має порушуватися конституційно-правове питання, які види норм права – категорії норм – зв'язують адміністрацію [5, с. 25–25].

Отже, роблячи загальний підсумок із викладеного, зазначу, що настав час для трансформації / зміни традиційної адміністративно-правової термінології, аргументом для існування якої має бути не думка, що «до неї усі звикли і так було завжди», а позиція, згідно з якою той або інший термін чітко (повно) відображає / характеризує відповідні суспільні відносини або юридичні явища. Що ж стосується терміна «правовий регулятор-обмежник діяльності публічної адміністрації», то не буду стверджувати, що він є абсолютно ідеальним для позначення описаного вище інституту адміністративного права. Можливо, колеги запропонують більш вдалу категорію, з приводу якої можна буде подискутувати заради чистоти термінологічного апарату науки адміністративного права. Проте, очевидно, що таким терміном не може залишатися «джерело адміністративного права».

Література

1. Веніславський Ф. Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні. URL: <http://www.info-library.com.ua/books-text-10078.html>

2. Загальне адміністративне право: підручник / Гриценко І. С., Мельник Р. С., Пухтецька А. А. та ін.; за заг. ред. І. С. Гриценка. Київ : Юрінком Інтер, 2015.
3. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галуцько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018.
4. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2004. Т. 1: Загальна частина / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова).
5. Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen. 6., neue bearbeitete Auflage. Carl Heymanns Verlag, 2009.

Окремі шляхи удосконалення процедури добору на посаду судді в Україні

Миронюк Р.В., д.ю.н., професор

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Значним надбанням судової реформи, започаткованої в 2015 р. та визначеної в Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., стало прийняття та набуття чинності в 2016 р. Закону «Про судоустрій і статус суддів» (далі – Закон), в якому по-новому визначені процедури добору на посаду судді на конкурсних засадах, з чіткими, прозорими та законодавчо визначеними етапами такої процедури. В той же час процедура добору на посаду судді потребує удосконалення з урахуванням аналізу вітчизняної практики діяльності органів владних повноважень, що дотичні до процедури формування судового резерву (ВККСУ, ВРП, Ради суддів України та ін.) а також необхідності виокремлення та раціонального часткового використання передових міжнародних практик відбору на посаду судді.

Аналіз вітчизняного законодавства, яке безпосередньо та опосередковано регламентує процедуру добору на посаду судді дає можливість виокремити таку систему нормативних актів. По-перше, Закон «Про судоустрій та правовий статус суддів» (далі – Закон), яким визначено: порядок утворення та ліквідації суду; кількісний склад суддів; вимоги до посади судді; стадії та етапи добору на посаду судді, а також порядок призначення на посаду судді; підстави та порядок переведення судді до іншого суду [1]. По-друге, підзаконні акти Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі ВККСУ), як державного колегіального органу суддівського врядування, який на постійній основі діє у системі правосуддя України і забезпечує організацію трьох форм добору на посаду судді: 1) добір кандидатів для призначення на посаду судді вперше; 2) добір на заняття вакантної посади судді; 3) переведення суді з однієї посади на іншу посаду. Не дивлячись на те, що перші дві процедури дуже схожі за своєю сутністю між собою, вони є кардинально різними, а відтак мають і відокремлене нормативно-правове регулювання. Так, добір кандидатів для призначення на посаду судді вперше регулюється Порядком розгляду питань та підготовки матеріалів щодо проведення добору кандидатів на посаду судді вперше, визначений відповідним Положенням (далі – Положення), затвердженим Рішенням ВККСУ від 18.10.2012 № 214/пп-12 [2]. Даним Положенням визначено окремі процедури порядку проведення добору кандидатів на посаду судді вперше: оголошення про проведення добору кандидатів на посаду судді; подання документів особами, які виявили бажання стати суддею, та їх допуск до добору кандидатів на посаду судді; організація та порядок проведення перевірок і збору інформації стосовно кандидатів на посаду судді; анонімного тестування (іспиту) кандидатів та направлення для проходження спеціальної підготовки; проведення кваліфікаційного іспиту; визначення рейтингу кандидатів на посаду судді; формування та ведення резерву на заміщення вакантних посад судді; проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді. В той же час Положенням не визначено гарантії дотримання прав кандидатів на посаду судді вперше та порядок їх реалізації, зокрема: право надання документів, необхідних для участі у конкурсі по завершенню строків подання таких документів, якщо існують підстави, які унеможлилювали вчасне подання кандидатом таких документів; права та порядку позасудового оскарження дій, рішень чи бездіяльності органів

публічної влади, які мали місце в процесі проведення конкурсу на посаду судді; гарантії дотримання трудових прав кандидатів на посаду суддів.

Добір на заняття вакантної посади судді, відповідно до ст. 79 Закону здійснюється шляхом проведення конкурсу, положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді затверджується Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. Наразі чином є Положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, затверджене рішенням ВККСУ від 02 листопада 2016 року № 141/зп-16 [3]. Ним урегульовані процедури проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді: порядок оголошення конкурсу; загальний порядок подання та прийняття заяви і документів для участі у конкурсі; порядок розгляду документів; порядок проведення спеціальної перевірки; порядок кваліфікаційного оцінювання та визначення рейтингу кандидата для участі у конкурсі; визначення результатів конкурсу. До вад даного Положення слід віднести відсутність врегулювання окремих етапів процедури проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді: не визначено порядок позасудового оскарження дій, рішень чи бездіяльності органів публічної влади, які мали місце в процесі проведення конкурсу на посаду судді; відсутність чітких строків проведення окремих етапів процедури та розумних строків проведення конкурсу.

Окрім цього нормативно-правовий базис процедур добору на посаду судді складають також рішення ВККС, якими урегульовані окремі етапи такої процедури, наприклад: порядок проведення іспиту та методика встановлення його результатів у процедурі кваліфікаційного оцінювання, затверджений рішенням ВККСУ від 04.11.2016 № 144/зп-16 [4]; порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затверджений рішенням ВККСУ від 03.11.2016 № 143/зп-16 [5].

З метою удосконалення правових механізмів та організаційних форм процедури добору на посаду судді доцільно врахувати позитивний зарубіжних досвід та виокремити напрями його впровадження в Україні, зокрема досвід: Республіки Австрія щодо запровадження річної практики кандидата на посаду судді, який не має правозастосовної практики як секретар судового засідання та помічник судді (по три місяці в кожній судовій палаті) зі складенням підсумкового іспиту комісії суддів (після проходження навчання в школі суддів); Французької Республіки щодо необхідності 14-місячного стажування кандидата на посаду судді в судах, органах розслідування та прокуратури, поліцейських та жандармських служб, виправних установ та судових виконавців, під час яких кандидати на посаду судді вивчають особливості діяльності служб та органів, які безпосередньо взаємодіють з судом, під час такого стажування в майбутнього судді стверджується думка щодо важливості єдності співпраці судових та правоохоронних органів та важливості роботи кожного з них та поваги до суміжних професій; Федеративної Республіки Німеччина щодо чітко визначених вимог до кандидата на посаду судді, етапів його підготовки та його кваліфікаційного оцінювання, а саме кандидатом на посаду судді може бути особа, яка здобула університетську вищу юридичну освіту та пройшла дворічне професійне стажування на посаді судді або має дворічний стаж роботи як чиновник високого рангу, як службовець на державній службі в Федеративній Республіці Німеччина чи на службі в якій-небудь міждержавній чи міжнародній організації, якщо ця діяльність за своїм характером і значенням відповідала службовій діяльності високого рангу, або захистила докторську дисертацію викладача права в німецькому університеті, або має стаж роботи адвокатом, нотаріусом і яка склала єдиний кваліфікаційний іспит кваліфікаційній комісії, до складу якої входять представники суду, прокуратури, адвокатури та нотаріату; Королівства Іспанія щодо ведення шкали оцінювання діяльності кандидата на посаду судді під час навчання в школі суддів та проходження практики в судах (введення бальної системи оцінювання), яка має додаватись до оціночних балів у результаті кваліфікаційного іспиту та впливати під час призначення на посаду судді у відповідній судовій інстанції; Італійської Республіки щодо проведення додаткового іспиту з суддівського ораторського мистецтва (здатності кандидата

на посаду судді вміло вести судові засідання, переконувати учасників судового процесу в істинності та непорушності закону, вміння керувати судовим процесом), який складається після навчання в школі суддів та проходження практики в суді, як окремого іспиту перед складанням кваліфікаційного іспиту або як складового кваліфікаційного іспиту (для кандидатів на посаду судді вперше); Сполучених Штатів Америки щодо визначення рівності всіх учасників добору на посаду судді вперше, за якого помічники судді, секретарі судового засідання, помічники адвоката та прокурора не мають переваги під час відбору на посаду суддів, а рівень їх знань та здібностей перевіряється на кваліфікаційних іспитах. З урахуванням останнього запропоновано виключити ч. 2 ст. 70 Закону, відповідно до якої «добір кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, проводиться з особливостями, визначеними рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України».

На підставі вищезазначеного, вважаємо, що серед ключових напрямів удосконалення правових засад процедури добору на посаду судді, можна виділити наступні: закріпити в Законі «Про судоустрій та правовий статус суддів» правові норми щодо: встановлення строку давності щодо подання документів для участі у доборі на посаду суддів, звільнених в результаті кваліфікаційного оцінювання визначення підстав поновлення строку участі у доборі на посаду судді; дотримання умов відкритості конкурсного добору на посаду, зокрема присутності під час відповідних етапів конкурсного відбору; права та процедури ознайомлення кандидата на посаду судді з інформацією щодо нього, зібраною в результаті спеціальної перевірки; оскарження в позасудовому та судовому порядку рішення ВККСУ про припинення подальшої участі у доборі кандидата на посаду судді; зарахування строку проходження спеціальної підготовки в Національній школі суддів України до загального строку публічної служби, якщо особа на момент проходження спеціальної підготовки є публічним службовцем; встановлення чітких строків проведення окремих етапів процедури добору на посаду судді – прийняття кваліфікаційного іспиту, проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді; формування рейтингу кандидатів на посаду судді та надіслання до ВРП рекомендації про призначення кандидатів судьями; оскарження рішень ВРП про відмову у внесенні Президентом України подання про призначення судді на посаду; та ін.

Література

1. Про судоустрій та правовий статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII: *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст.545.
2. Положення про порядок розгляду питань та підготовки матеріалів щодо проведення добору кандидатів на посаду судді вперше: Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 18.10.2012 № 214/пп-12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr214695-12#n17>.
3. Положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді: Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 02 листопада 2016 року № 141/зп-16. URL: https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/polozhenia_051018.pdf.
4. Порядок проведення іспиту та методика встановлення його результатів у процедурі кваліфікаційного оцінювання: Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 04.11.2016 № 144/зп-16. URL: <https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/poriadokk1.pdf>.
5. Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затверджене рішенням ВККСУ від 03.11.2016 № 143/зп-16. URL: <https://vkksu.gov.ua/ua/ociniuwannia-suddiw/dokumenti>.

Засоби самозахисту суб'єктивних цивільних прав та їх роль в інформаційних електронних системах

Міхайліна Т.В., д.ю.н., професорка

Донецький національний університет імені Василя Стуса

Інформаційні системи протягом останніх десятиліть створюють все нові і нові виклики. Відносини з інформаційним компонентом все більше трансформуються та потребують особливої уваги. В тому числі, неабиякої актуальності набувають питання захисту прав та інтересів осіб від порушень у мережі Інтернет. Способи та форми захисту суб'єктивних прав є відносно усталеними як на легальному рівні, так і у правовій доктрині. Але у інформаційних системах порушення прав інколи потребують нетривіального рішення.

До зазначених проблемних аспектів можна з упевненістю віднести те, що деякі форми захисту (зокрема, судовий) практично обмежені для використання у зв'язку зі складністю визначення порушника прав у інформаційному середовищі, або ж через порушення прав осіб інформаційними транснаціональними корпораціями (Google, Facebook тощо), правосуб'єктність яких в охоронних правовідносинах в Україні є під питанням через відсутність їхнього офіційного представника у нашій державі.

На підставі зазначеного, є сенс говорити про підвищення ролі самозахисту як форми захисту суб'єктивних цивільних прав у інформаційних відносинах в Україні. Хоча і це на сучасному етапі є дискусійним, оскільки „самостійному захисту прав і свобод, при якому сама особистість визначає спосіб і порядок забезпечення своїх прав, у вітчизняному законодавстві відводиться більш ніж другорядна роль, у зв'язку з цим і в юридичній літературі більшою мірою досліджуються судові та адміністративні форми захисту” [1, с. 169]. Тобто теорію самозахисту суб'єктивних цивільних прав можна назвати вельми обмеженою, а щодо способів та засобів самозахисту прав від порушень у мережі Інтернет – абсолютно нерозробленою.

У науковій літературі висвітлюється точка зору, що самозахист – це міжгалузевий комплексний правовий інститут. Метою інституту самозахисту прав є вдосконалення механізму забезпечення гарантій реалізації прав і свобод [2, с. 92]. Причому найчастіше говорять про віднесення досліджуваного міжгалузевого інституту до цивільного, конституційного, адміністративного, кримінального права. Останнім часом з'являються наукові роботи, у яких аналізується застосування механізмів самозахисту у фінансовому та земельному праві, у той час, як інформаційне право у цьому контексті навіть не згадується.

Можна сказати, що переваги самозахисту перед усіма іншими способами захисту є очевидними; ними є оперативність та ефективність, забезпечена особистою зацікавленістю уповноваженої особи [3, с. 212], а також самостійність вибору правомірних засобів захисту, що відкриває широкі можливості та перспективи.

Під самозахистом розуміють дії фізичних і юридичних осіб, спрямовані на охорону цивільних прав і охоронюваних законом інтересів, які вчиняються ними самостійно без звернення за допомогою до державних та інших уповноважених органів [4, с. 135]. Якщо ж зважати на те, що інформаційні правопорушення мають один з найвищих рівень латентності внаслідок того, що постраждалі особи не звертаються до правоохоронних органів, а також відносяться до категорії справ, які найчастіше залишаються нерозкритими, питання самозахисту є більш ніж актуальним для суб'єктів інформаційних правовідносин.

Відповідно ж до судової практики, яка презюмує вину власника веб-сайту (веб-сторінки), останній несе юридичну відповідальність за всі порушення прав та законних інтересів осіб. Так, окрім іншого, власник веб-сайту несе відповідальність за негативні, образливі або такі, що підривають честь, гідність і ділову репутацію коментарі до його контенту, якщо особу автора коментаря неможливо ідентифікувати і власник не вжив всіх необхідних заходів до видалення такого коментаря [5, с. 30]. Прикладом звільнення від відповідальності власника веб-сайту за сумлінну поведінку щодо припинення порушення є рішення ЄСПЛ від 2 лютого 2016 року по справі Magyar Tartalomsoigaitatok Egyesulete and Index.hu Zrt v. Hungary. Згідно обставин справи, особа побачила коментарі до статті, що

ображають її честь та гідність, і одразу подала позов до суду, не звертаючись попередньо до власника сайту з метою досудового врегулювання конфлікту. Коли власник дізнався про позов, він негайно видалив відповідні коментарі. Як наслідок, суд дійшов висновку, що застосування комплексу заходів щодо усунення образливих коментарів вказує на сумлінність власника сайту і звільняє його від відповідальності за шкоду честі, гідності, діловій репутації третьої особи [6; 7].

Таким чином, постає необхідність у виокремленні системи способів попередження майбутніх порушень на веб-сайті та протидії ним з метою уникнення цієї відповідальності та забезпечення свого становища власником. Л. Вашук виділяє такі «правила обережності» для уникнення ситуації з порушенням прав людини в коментарях: створення правил користування веб-сайтом; редагування коментарів; створення системи "поскаржитися на коментар"; тимчасове блокування можливості коментування [7]. Можна погодитися з ефективністю даних заходів, при цьому останні є доцільними не лише у випадках контролю за коментарями, а і для загальної превенції порушень, звичайно, із деяким розширенням [5, с. 29-30].

Одним із головних заходів є створення спеціальних правил користування веб-сайтом, що дозволяє власнику, крім попередження некоректних коментарів, передбачити порядок ідентифікації користувачів, які, надаючи згоду на застосування правил, дозволяють власнику зберігати їхні ідентифікаційні дані, що має на меті уникнення презумпції вини власника.

Разом з цим, у правилах є можливість затвердження і права власника на примус по відношенню до порушника, тобто застосування певних технічних заходів щодо припинення правопорушення та впровадження санкцій, у вигляді тимчасового блокування чи видалення облікового запису користувача, або блокування доступу останнього до самого веб-сайту та ін. Крім того, доцільно в правилах визначати порядок використання та поширення контенту, що міститься на сайті, оскільки законодавством це врегульовано не на кращому рівні. Прикладом таких правил можуть слугувати умови користування веб-сайтом Фейсбук, де вони поділяються на 3 частини: умови надання послуг (правила поширення контенту та дій, які можуть виконувати користувачі на веб-сайті), політика захисту персональних даних (окреслено межі відомостей, які може отримувати та використовувати власник сайту) та стандарти спільноти (заборони та можливість подання скарги) [8]. Що ж до редагування коментарів, то як захід попередження передбачається здійснення перевірок останніх модератором, або спеціальною програмою. При цьому, ефективним заходом вбачається не лише перевірка коментарів, а і всього контенту на наявність порушень, наприклад, створення своєрідного антиплагіату як окремої програми для перевірки поширюваного контенту на унікальність із встановленням межі унікальності (в разі недосягнення такої межі, про це буде повідомлятися власнику веб-сайту або уповноваженій на це особі).

Система «поскаржитися на коментар» є не менш дієвим заходом припинення порушення з-поміж інших. Але, звичайно, останній потребує розширення у частині можливості поскаржитися і на інші порушення. Так, запровадження єдиної системи є більш доцільним для веб-сайтів з невеликою кількістю користувачів, а в разі великого обсягу – точкові посилання чи варіативність самих скарг, що дозволить швидко реагувати на відповідні скарги та усувати порушення. Тимчасове блокування функції коментування є заходом, спрямованим на попередження порушень, але, разом з тим, доволі дискусійним. Л. Вашук вбачає в останньому можливість попередження некоректних відгуків шляхом тимчасового призупинення коментування статті, що містить провокаційну інформацію [7]. Але „провокаційний характер” є оціночним поняттям і тому передбачити, який контент стане провокаційним, а який – ні, досить складно. У такому випадку більш коректним було б закріплення права автора, що публікує відповідну інформацію, зупинити коментування останньої в разі небажання останнього отримувати критику від користувачів.

При цьому, крім загальних заходів попередження, доцільно виокремити і спеціальні заходи для самозахисту власника веб-сайту у разі порушення авторських прав, що є одним із найпоширеніших правопорушень.

О.М. Пастухов виділяє заходи, спрямовані на попередження та запобігання порушень авторського права для власника веб-сайту, а саме: 1) використання цифрового підпису та цифрових марок, які зазвичай застосовуються авторами творів, але власники веб-сайтів, які орієнтуються на поширення контенту з авторськими правами, можуть запровадити політику про встановлення такого підпису чи марки і надати відповідні можливості користувачам. Як зазначає науковець, їхня перевага полягає в тому, що при звичайному візуальному розгляді зображення користувач не бачить будь-яких закодованих позначень (наприклад, значка копірайта (©), імені автора, року видання), але при застосуванні певного програмного засобу можна довести, що файли містять додаткову інформацію, що вказує на особу, яка її записала; 2) застосування методу криптографічного перетворення матеріалів. Одним з них є шифрування, за допомогою якого власник має можливість обмежити або повністю виключити можливість копіювання творів. Прикладом може слугувати система – SCMS, що дозволяє виготовити одну копію документа й унеможливує подальше копіювання цього примірника [9, с. 98-99]. Крім того, ефективним заходом превенції є поширення творів із обмеженим доступом, де останній може проявлятися у різному вигляді. Так, частіше за все опубліковуються твори з обмеженою функціональністю (надано можливість лише частково ознайомитись з твором) або з часовим обмеженням, після спливу якого доступ до твору буде недоступним. Також доволі дієвим для непрямого самозахисту власником вбачається дозвіл користувачам, що публікують певні твори, вибір аудиторії, яка матиме відкритий доступ до ознайомлення з ними. Таким шляхом відбувається попередження майбутніх порушень прав, у зв'язку із звуженням кола осіб, які можуть вчинити певні незаконні дії, внаслідок звуження доступу до творів для необмеженої кількості користувачів. Ще одним заходом, спрямованим на попередження правопорушень, є використання на сторінках сайтів повідомлень про заборону копіювання без посилання на дійсного автора. Звичайно, воно не може характеризуватися як повноцінний захист, але в умовах необізнаності користувачів та низького рівня правосвідомості (це може слугувати ефективним попередженням [5, с. 28-29].

Наведене приводить до висновку, що процес судового та адміністративного захисту прав суб'єктів інформаційних відносин від порушень у комп'ютерних системах є ускладненим та пов'язаним з низкою перепон, натомість роль самозахисту постійно зростає, рівно як виникають та удосконалюються все нові його засоби. Це очевидно має потягти за собою зміни у законодавстві, яке має регламентувати межі самозахисту, а також встановити його відповідність нормативно закріпленим способам захисту або відсутність такої.

Література

1. Журавель О.А. Право громадян на самозахист як основна гарантія їх безпеки. *Науковий вісник ДДУВС*. 2017. № 2. С.169-176.
2. Горбачева С.В. Самозащита прав по российскому законодательству: дисс. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2005. 199 с.
3. Чепис О.І. До питання самозахисту цивільних прав та законних інтересів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2015. Вип. 35. Ч. II. Том 1. С. 208-212.
4. Азімов Ч. Здійснення самозахисту в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2001. №2(25). С. 135-141. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4570/1/Azimov_135.pdf.
5. Борівська В.М., Михайліна Т.В. Правові аспекти режиму інформаційного наповнення веб-сайту. *Вісник студентського наукового товариства Донецького національного університету імені Василя Стуса*. Том 1. Вінниця: ДонНУ імені Василя Стуса, 2020. Вип. 12. Т. 1. С. 27-31.
6. Case of Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary. Application no. 22947/13. *European Court of Human Rights (Fourth Section)*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-160314%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-160314%22]})

7. Вашук Л. Как владельцу сайта обезопасить себя от ответственности за оскорбительные комментарии к основному контенту? *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ru/122090-kak_vladelcu_sayta_obezopasit_sebya_ot_otvetstvennosti_za_os.html

8. Умови користування. *Фейсбук*. <https://uk-ua.facebook.com/policies?ref=pf>

9. Пастухов О.М. Авторське право в Інтернеті. Київ: Школа, 2004. 122 с.

До питання щодо вживання терміну «державне управління» в контексті електронного урядування

Міхровська М.С., к.ю.н., асистентка

Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Останні декілька десятиліть Україна, як і інші країни світу, переживає стрімкий стрибок в розвитку інформаційних технологій, що стосується усіх сфер життєдіяльності діяльності держави і суспільства. Ці процеси призвели до появи нової термінології, яку в повсякденному вжитку називають «цифровою». Одним із найпоширеніших серед «цифрових» термінів є термін «електронне урядування» та його складові. І справді, воно настільки тісно увійшло в повсякденне життя держави, що на сьогодні сучасну державу нам просто важко уявити. Так, електронне урядування виявляється і в наданні електронних публічних послуг, і у використанні електронного цифрового підпису, і у формуванні електронних реєстрів тощо.

Незважаючи на це, в Україні на сьогодні досі немає закону, який би надав визначення електронному урядуванню і його елементам. Так, чи не єдиним нормативним актом, що регулює ці питання, залишається Концепція розвитку електронного урядування, прийнята у 2017 році. Зокрема, у ньому електронне урядування визначається як форма організації державного управління, яка сприяє підвищенню ефективності, відкритості та прозорості діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій для формування нового типу держави, орієнтованої на задоволення потреб громадян [1]. Необхідно відмітити переваги цього визначення, такі, як сервісна орієнтованість, а також спрямованість на забезпечення відкритості і прозорості всіх процесів у державі. Однак, не можна ігнорувати той факт, що електронне урядування визначається формою саме державного управління.

На перший погляд це видається цілком логічним, адже за усталеною практикою, саме державне управління є одним з основних термінів, що визначає діяльність держави у тій чи іншій сфері. Проте, необхідно проаналізувати сутність цього явища з наукової точки зору. Так, в класичному розумінні, державне управління:

1. це діяльність виконавчо-розпорядчого характеру, основним напрямком якої є виконання, тобто проведення в життя законів та підзаконних нормативно-правових актів" [2, с. 17];

2. це цілеспрямований, організуючий і регулюючий вплив держави через систему її органів та посадових осіб на суспільні процеси, свідомість, поведінку і діяльність людей, що здійснюється в межах суб'єктивного фактора (суспільства) як управляючий вплив одних людей, організованих у владні структури, на інших, головним чином зайнятих у сферах відтворення матеріальних, соціальних та духовних цінностей та продуктів [3, с. 38];

3. є організованим процесом керування, регулювання і контролю державних органів за розвитком сфер економіки і культури, інших сфер державного життя [4, с. 102], і, будучи комплексним явищем, управління використовує для своїх цілей різні засоби – економічні, матеріальні, кадрові, ідеологічні, юридичні, технічні [5, с. 38].

Важливо наголосити, що наша держава наразі, проголосивши шлях до створення сервісної держави та беззастережно обираючи шлях до демократії, опиняється перед вибором базових засад системи державного управління. В процесі демократизації й гуманізації цієї системи держава стикається з низкою суперечностей, серед яких:

- поєднання рудиментів адміністративно-командної системи демократичного урядування, що виражається у спробах впровадити демократію недемократичними методами;
- необхідність забезпечити всім громадянам рівні можливості щодо участі в управлінні державою й потребою у високій професіоналізації державного управління;
- декларування гуманістичних цінностей державного управління при тому, що суспільно-ціннісний базис ще не відповідає їх змісту і рівню;
- дилема між прагненням до обмеження державного втручання в суспільні процеси, і, відповідно, скорочення державно-управлінського апарату, та потребою у підвищенні якості державно-управлінських послуг населенню [6, с. 30].

Ще у 1997 році, перед початком проведення адміністративної реформи, зазначалося, що «система є внутрішньо суперечливою, незавершеною, громіздкою і відірваною від людей, внаслідок чого існує державне управління стало гальмом у проведенні соціально-економічних і політичних реформ» [7].

Наразі важливо підкреслити, що в Основному Законі держави вживається виключно термін «управління державними справами», на відміну від Концепції електронного урядування та інших актів законодавства, які вживають термін «державне управління». Тобто відсутність такого терміну в Конституції України свідчить про її планомірний відхід від радянської системи, побудованої на засадах виконання та розпорядництва в сторону демократизації і гуманізації державної влади.

Проте змістовне наповнення терміну «державне управління» не є єдиним аргументом на користь відмови від нього в законодавстві України на сьогодні. Так, цей термін має абсолютно конкретний суб'єктний склад, що сформувався внаслідок того, що у конституційних законах радянського періоду державне управління було одним з чотирьох видів влади, на противагу західним концепціям «розподілу влади на гілки» [8].

Так, сфера державного управління визначається тим, що воно здійснюється: 1) у межах діяльності органів виконавчої влади, а саме: в ході реалізації їх повноважень стосовно керованих об'єктів зовнішнього суспільного – економічного, соціального та ін. середовища; в ході виконання місцевими державними адміністраціями повноважень органів місцевого самоврядування, делегованих відповідними місцевими радами, враховуючи, що самій виконавчій владі дані повноваження первісно не належать; в ході керування вищими органами виконавчої влади роботою нижчих органів; в ході керування роботою державних службовців всередині кожного органу (та його апарату) виконавчої влади (останні два напрями належать до вже згаданого «внутрішньоорганізаційного управління»); 2) поза межами діяльності органів виконавчої влади, а саме: всередині апарату будь-яких інших (крім органів виконавчої влади) органів державної влади – в ході керування роботою державних службовців (наприклад, в апараті парламенту, судів, органів прокуратури тощо); всередині державних підприємств, установ і організацій – в ході керування роботою персоналу їх адміністрацій (перші два напрями належать до згаданого «внутрішньоорганізаційного управління»); з боку відповідних уповноважених державою суб'єктів у процесі управління державними корпоративними правами тощо [9, с. 120]. Крім того, в державному управлінні завжди переважають відносини субординації, вони «класичними для державного управління, вони уособлюють саму суть державного управління – відносини влади-підпорядкування та є невід'ємним елементом «виконавчої вертикалі» [10, с. 169], тоді як у демократичних державах поряд з ними рівноцінними є відносини координації та реординації, відтак, застосування терміну «державне управління» надалі в нормативно-правових актах, зокрема, щодо провадження електронного урядування, є недоцільним та таким, що не відповідає пріоритетам держави на сьогодні.

Відтак, враховуючи сервісну орієнтованість поняття «електронне урядування» та загальнодемократичний вектор розвитку нашої держави, вважаємо більш доцільним вживати термін «публічна адміністрація», що давно використовується країнами ЄС в повсякденному житті та у законодавстві, або ж термін «публічне управління», який враховує власне

«управлінську» складову всіх процесів, що відбуваються в державі, але при цьому робить акцент на демократичне спрямування такої діяльності.

Література

1. Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні. Розпорядження Кабінету Міністрів України. № 649-р. 2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-p#Text>.
2. Нижник Н.Р. Деякі аспекти сучасної концепції державного управління в Україні. *Вісник УАДУ*. 1995. Вип.4. С.17 – 18.
3. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления: Курс лекций. Юрид.Лит., 1997. 400 с.
4. Тихомиров Ю.А. Публичное право. Учебник. Издательство БЕК. 1995. 496 с.
5. Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс. Второе издание, дополненное и переработанное. Изд. Тихомирова М.Ю., 2005. 697 с.
6. Нижник Н.Р., Машков О.А. Системний підхід в організації державного управління. Вид–во УАДУ. 1998. 160 с.
7. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні (Указ Президента України). No 810/98. 1998. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98#Text>.
8. Конституція (Основний Закон) України : прийнята Верховною Радою Української РСР 20 квіт. 1978 р. URL: www.zakon1.rada.gov.ua (втратив чинність)
9. Цветков В.В. Демократія – Управління – Бюрократія: в контексті модернізації управлінського суспільства: монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2001. 248 с.
10. Серьогін С.М. (ред.) Синергетичні засади державного управління в умовах реформ: монографія. ДРІДУ НАДУ. 2007. 194 с.

Сучасний український конституціоналізм: моральні основи

Мишина Н.В., д.ю.н., професорка

Національний університет «Одеська юридична академія»

Бурхливий розвиток вітчизняного конституційного права, що почався після проголошення незалежності Україні та триває і досі, характеризується насамперед проголошенням Людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю.

Юридичне розуміння конституціоналізму виявляється перш за все у тому, що це правове обмеження публічної влади на користь громадянського суспільства. П. Б. Стецюк влучно зазначає, що конституціоналізм може мати універсальний характер, «будучи, водночас, до певної міри явищем соціальним, а також – пов'язаним із особливостями історичного розвитку країн чи групи близьких між собою держав, приналежністю до певної правової системи (родини права), з особливостями політичних традицій народу, рівнем його правової культури, національним менталітетом; таким чином, конституціоналізм в окремих країнах може набувати певного «національного забарвлення».

Думається, що на сучасному етапі вести мову про усталені моральні традиції українського конституціоналізму буде передчасним. Адже для того, щоб вони склалися, необхідним є досить тривалий час. Але саме зараз у незалежній українській державі відбувається відбудова притаманних народу України високих моральних традицій суспільства. Вони впливають на те, яким є сучасний український конституціоналізм і якими у майбутньому будуть його моральні традиції. Отже, спостерігаємо процес взаємодії: завдяки конституційно-правовим нормам намагаємося впровадити високі стандарти суспільної моралі. У разі успіху національний конституціоналізм збагатиться новими соціальними і гуманістичними гранями.

На сучасному етапі в Україні моралізацію сучасного українського конституціоналізму доцільно здійснювати у двох напрямках.

Перший напрямок передбачає підвищення моральних стандартів населення. Її заходи доцільно планувати, прислухаючись до думки соціологів стосовно того, що „удосконалення духовного обліку ... людини ... є неможливим без удосконалення організації дозвілля та спілкування на дозвіллі, тому що людина формується не стільки у сфері своїй професійній діяльності, скільки у сфері дозвільної діяльності, і саме через спілкування транспортується система цінностей, установок, орієнтацій тощо”, та з використанням норм Закону України від 20 листопада 2003 р. «Про захист суспільної моралі».

Думається, що посилення на суспільну мораль у нормативно-правовому акті як на систему загальнолюдських цінностей, норм поведінки є більш доречним, ніж пропозиція розглядати її як систему етичних правил і норм поведінки. Адже в останньому випадку вирішення питання «Чи відповідає явище, поведінка тощо нормам суспільної моралі?» вирішується виключно суб'єктивно, а ось орієнтація на систему загальнолюдських цінностей є більш зрозумілим, усталеним критерієм оцінки.

Таким чином, при впровадженні нових конституційно-правових норм та / або практики застосування існуючих конституційних норм у центрі уваги є особистість як один із елементів громадянського суспільства. Занепад громадянського суспільства в Україні протягом тривалого часу призвів до того, що у процесі його відновлення виникає чимало проблем різного характеру. Це і невідповідність деяких актів чинного законодавства України міжнародним та європейським стандартам, і корупція серед посадових осіб третього сектору, і використання інститутів громадянського суспільства для відмивання «брудних» коштів. Моралізація цього напрямку впливу конституціоналізму на особу посилить дію регулятивної та виховної функції моралі (які традиційно пов'язують із спрямуванням і коректуванням практичної діяльності особистості з точки зору врахування інтересів окремих людей, суспільства, та із формуванням особистості, її самосвідомості).

Другий напрямок передбачає підвищення моральних стандартів посадових осіб органів державної влади і органів місцевого самоврядування. Отже знов-таки йдеться про вплив конституційно-правових норм на людину, але коло осіб звужується. Чому воно охоплює саме до посадових осіб органів публічної влади? Головною причиною є те, що на сучасному етапі міжнародні експерти оцінюють рівень корупції в Україні як найгірший серед "нових незалежних країн" і всіх інших країн взагалі. Численні соціологічні опитування населення підтверджують це – їх дані вказують, що для України є характерним невисокий рівень довіри до органів та посадових осіб органів публічної влади. Зауваження пересічних жителів так чи інакше пов'язані із осудом морального обличчя відповідних посадових осіб. У такій ситуації побудова демократичної держави, правової держави істотно утруднюється.

Попри відому думку Гегеля стосовно того, що «моральна сторона і моральні заповіді ... не можуть бути предметом позитивного законодавства» і що законодавство не може декретувати моральність, сучасний міжнародний і зарубіжний досвід свідчить про інше. Експертами ООН розроблено і закріплено у Резолюції A/RES/51/59 від 28 січня 1997 року Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб. У США – країні, по відношенню до якої словосполучення «моральні традиції конституціоналізму» використовується найбільш часто, – існують нормативно-правові акти стосовно морального обличчя посадових осіб органів публічної влади. Відповідне законодавство віднедавна з'явилося у Румунії, де проблеми корупції залишаються гострими (якщо в Україні рівень корупції оцінюється коефіцієнтом 4,3, у Румунії коефіцієнт 4). Звичайно, інститут державної і муніципальної служби відноситься до предмету галузі адміністративного права, але конституційне право як комплексна, провідна галузь, природно, не залишається осторонь. Саме тенденція моралізації конституціоналізму надихає на подібні нововведення.

У зв'язку із цим відмітимо, що в Україні на найвищому рівні започатковано звичай, яка має безпосереднє відношення до моральних, етичних цінностей Українського народу. Усі без виключення особи, які були обрані на посаду Президента України, склали присягу не

тільки на тексті Конституції України, але й на Пересопницькому Євангелії (Українська Пересопницька Євангелія 1556 р.). «Сьогодні ця духовна святиня придбала на Україні значення політичного символу нації: на Пересопницькому Євангелії приймають присягу Президенти України, починаючи з 1991 року», – зазначають дослідники, та вказують, що Пересопницьке Євангеліє – прикрашений кольоровими заставками і мініатюрами рукопис вагою 9,3 кг, що складається з 482 аркушів. Перша книга, написана староукраїнською мовою, була створена в 1556-1561 роках у Пересопницькому монастирі на території нинішньої Рівненської області. У XIX столітті стараннями філолога Осипа Бодяньського, який ввів текст Євангелія до наукового обігу, манускрипт отримав широку популярність.

Думається, можна вважати, що у конституційному праві України сформувався правовий звичай – прийняття новообраним Президентом України присяги на тексті Конституції України і Пересопницькому Євангелії. Жоден нормативно-правовий акт не передбачає необхідність використання Пересопницького Євангелія, але новообрані Президенти вшановують цю традицію і продовжують її. Незважаючи на те, що цей звичай має церемоніальний, а не юридично значущий характер (його недотримання не тягне правових наслідків), поява правового звичаю у конституційному праві є значущою подією – адже досі вчені не фіксували їх серед джерел цієї галузі в Україні. Особливо важливим є моральне навантаження, яке має цей правовий звичай.

Отже, формування нових та розвитку наявних моральних традицій українського конституціоналізму доцільно вести у двох напрямках: підвищення моральних стандартів населення і підвищення моральних стандартів посадових осіб органів публічної влади. Ці напрямки моралізації конституціоналізму є основними і не вичерпують зусилля із запровадження моральних традицій національного конституціоналізму. Обидва напрямки у сукупності не охоплюють усіх сучасних конституційно-правових проблем, тісно пов'язаних із моральними та етичними стандартами, – поза їх межами залишається, наприклад, моральна сторона питань евтаназії, трансплантації органів тощо. Але, активна діяльність за цими основними напрямками дозволить зміцнити моральні традиції національного конституціоналізму, якими пишатимуться наступні покоління українців. Перспективи подальших розвідок вбачаються у більш детальному дослідженні кожного з виявлених напрямків моралізації конституціоналізму.

Законність, дисципліна, правопорядок як чинники розвитку сучасної держави

Мозолюк-Боднар Л.М., к.ю.н.

Хмельницький інститут соціальних технологій Університету "Україна"

Для ефективного функціонування та розвитку сучасної держави важливим є підвищення рівня законності та дисципліни, що підсумку впливає на правопорядок в суспільстві. Все це є актуальним для успішного виконання сучасною державою поставлених перед нею завдань, підвищення ефективності діяльності державних органів, верховенства права в цілому.

Як відомо, історія виникнення та розвитку категорій "законність", "дисципліна", "правопорядок" безпосередньо пов'язана з виникненням та розвитком держави. В юридичній літературі законність та дисципліна розглядаються як: 1). важливий принцип організації та функціонування суспільства і держави; 2). метод забезпечення державної влади та інтересів громадян; 3). дієві та якісні складові розвитку правової держави та громадянського суспільства. В науковій літературі, поширеною є думка, стосовно зв'язку законності з державою, а дисципліни, переважно, з громадянським суспільством [1, с. 140-144]. Але, оскільки значний розвиток громадянського суспільства активно реалізовується саме в правовій державі, тому пріоритетним є взаємозв'язок між законністю та державною дисципліною як загальними чинниками розвитку громадянського суспільства та правової держави загалом. Отже, законність та дисципліна представляють собою певний режим, стан,

упорядкованість зв'язків, відносин; вони є необхідними для суспільства та виконують важливі функції.

На нашу думку, "законність" та "державна дисципліна" характеризуються значним соціально-правовим впливом на суспільне життя, свідомість і поведінку людей. Це пояснюється, передусім, реалізацією принципу верховенства права, з яким тісно пов'язана, насамперед, законність. Щодо дисципліни, то вона, передусім, полягає у реалізації не лише правових, але й інших соціальних норм поведінки, тому відчувається її дещо інший регулюючий вплив ніж законності по відношенню до механізму держави. Без дисципліни неможливо уявити законність в державі, і навпаки, без чіткого дотримання законів не може реалізовуватись дисципліна. Тому зміцнення дисципліни невіддільне від процесу зміцнення законності, адже дисципліна – це найбільш ефективний засіб для зміцнення законності [2, с. 204-207].

Не менш важливим для розвитку сучасної держави є правопорядок. Заходи по зміцненню правопорядку в державі, як і законності, сприяють підвищенню дисципліни та призводять у підсумку до міцності правопорядку. На думку П.М. Рабіновича, правопорядок – це режим (стан) упорядкованості, організованості суспільних відносин, який складається за умов законності [3, с. 139]. Інші вчені вважають, що правопорядок – заснована на праві та така, що склалася в результаті здійснення ідей і принципів законності упорядкованість суспільних відносин, яка виражається в правомірній поведінці їх учасників [4, с. 122]. Також існує думка, що правопорядок – це фактичний стан правового життя суспільства, що характеризується внутрішньою узгодженістю, впорядкованістю системи правових відносин, заснованих на вимогах законності, а також на свободі і відповідальності всіх суб'єктів права [1, с. 140-144].

Таким чином, більшість науковців вважають, що правопорядок – це результат дії права та законності. На нашу думку, правопорядок – це не лише результат дії законності, але й дисципліни. Саме взаємопоеднання законності та державної дисципліни формує цілісність правопорядку як державно-правового явища. Адже, узгодженість та впорядкованість суспільних відносин, що є пріоритетними при характеристиці правопорядку, забезпечується не лише законністю, але й реалізацією дисципліни.

Правапорядок, законність, дисципліна, неможливі без додержання і виконання законів і свідомого позитивного ставлення суб'єктів суспільних відносин до встановленого таким чином правопорядку. Дисципліна та правопорядок залежать від взаємозв'язків та рівня свідомості суб'єктів суспільних відносин, від їх правової культури та виховання. Ставлення людини до питань дисципліни є одним із показників рівня соціалізації – здатності усвідомлювати, підтримувати і розвивати соціально-орієнтовану правову державу. Дисципліна передбачає свідоме позитивне ставлення громадян до встановленого правопорядку, що забезпечує інтереси всього населення.

На думку К.К. Афанасьєва, дисципліна є важливим чинником забезпечення правопорядку, який дозволяє задіяти потенціал не лише норм права, але й норм моралі, традицій, звичаїв у механізмі правового регулювання, а також сприяє ефективності реалізації функцій державного управління [5, с. 185-187].

Якщо законність включає в себе виконання обов'язків, які містяться в законних та підзаконних актах та є методом здійснення державної влади, то правопорядок в демократичній державі – результат реалізації повноважень цієї влади. Стійкий та стабільний правопорядок як основа життя суспільства, свідчить про те, що мета державної влади, принципи права та законності втілені у вчинках, у поведінці всіх суб'єктів права. В умовах стабільного правопорядку зміцнюється виконавча дисципліна всіх органів держави та їхніх посадових осіб, проводиться зовнішньополітична діяльність [4, с. 122].

На тісному взаємозв'язку між дисципліною та правопорядком акцентував Г.І. Молев, на думку якого, дисципліна є необхідна форма суспільного зв'язку, яка координує зусилля всього суспільства, підвищує ефективність суспільної діяльності. В об'єктивному розумінні дисципліна визначається саме правовими приписами, оскільки право є визначаючою силою суспільного розвитку, звідси дисципліна є категорією правовою. Але на її стан справляють

вплив не тільки правові, але й інші соціальні, моральні фактори. З суб'єктивної сторони дисципліна припускає свідому, відповідальну, цілеспрямовану поведінку, яка в підсумку призводить до побудови суспільного порядку [6, с. 44-45].

Таким чином, без забезпечення дисципліни неможливо сформувати режим законності та досягнути правопорядку в державі. Крім цього, без чіткого дотримання законів не може бути дисципліни. При низькому рівні законності та дисципліни в державі правопорядок, як державно-правове явище, відсутній. Законність, правопорядок та державна дисципліна – це невід'ємні риси демократії. Відповідно, між цими правовими категоріями існує тісний взаємозв'язок та взаємозалежність, без якого неможливо реалізовувати основні завдання та функції держави. В загальному, при реалізації державної дисципліни завжди виявляється політична, правова і моральна культура громадян. Тому, стійкість дисципліни, законності та правопорядку залежить від рівня правового виховання, яке в сучасній українській державі знаходиться в кризовому стані.

Дисципліна, законність, правопорядок є тими правовими категоріями завдяки яким Україна не формально, а реально, може стати суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою (ст.1 Конституції України), що здатна забезпечити гармонійне функціонування всього суспільства та створити тим самим морально здорове суспільство, яке функціонує на основі законів, в умовах стабільного правопорядку. Крім цього, державна дисципліна, законність, правопорядок мають особливо виняткове значення для якісного регулювання суспільних відносин в правовій державі.

Література

1. Серета Г. П. Проблеми теорії держави і права: навчальний посібник у визначеннях та схемах / Г. П. Серета, С. Г. Стеценко. К.: КНТ, 2009. 183 с.
2. Мозолюк-Боднар Л. М. Взаємозв'язок законності та державної дисципліни в сучасних умовах розвитку держави: теоретико-правовий аспект. *Альманах права. Право і прогрес: складові забезпечення в сучасних умовах*. 2016. Випуск 7. С. 204-207.
3. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посібник. Вид. 5-е, зі змінами. Тернопіль, 2002. 189 с.
4. Актуальні проблеми теорії держави та права: [навчальний посібник] / [Є. В. Білозьоров, Є. О. Гіда, А. М. Завальний та ін.]; за заг. ред. Є. О. Гіди. К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2010. 258 с.
5. Апанович О. Петро Конашевич Сагайдачний:[до 150-річчя заснування Запорізької Січі]. *Літературна Україна*. 1990. 16 серпня (№33). С. 5.
6. Молев Г. И. Дисциплина в российском обществе: теоретико-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Саратов, 2005. 203 С.

Про об'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 239 Кримінального кодексу України

Мовчан Р.О., д.ю.н., доцент

Донецький національний університет імені Василя Стуса

Лише визначивши об'єкт кримінального правопорушення (далі – к. пр.), ми можемо правильно оцінити його соціально-політичний зміст і суспільну небезпеку, правильно кваліфікувати кримінально протиправне діяння, відмежувати його від суміжних складів, а також від суспільно небезпечних посягань, що не можуть бути визнані злочинними [1, с. 63]. Сказане повною мірою стосується і об'єкту к. пр., передбаченого ст. 239 Кримінального кодексу України (далі – КК), чим і пояснюється звернення до відповідної проблематики.

Проаналізувавши висловлені в юридичній літературі погляди щодо соціального зв'язку та, відповідно, безпосереднього об'єкта к. пр., передбаченого ст. 239 КК, можна констатувати, що, за винятком незначних редакційних уточнень, загалом серед вітчизняних авторів відсутні істотні розбіжності стосовно цього питання. Зокрема, більшість із них

підтримує та некритично відтворює усталену думку про те, що внаслідок вчинення аналізованого к. пр. порушується встановлений порядок: 1) охорони (захисту), 2) раціонального використання, 3) відтворення земель як основного національного багатства, складної екосистеми, тісно пов'язаної з іншими елементами довкілля – надрами, водами, рослинним і тваринним світом тощо.

Як бачимо, при характеристиці безпосереднього об'єкта к. пр., передбаченого ст. 239 КК, фахівці паралельно вживають як однопорядкові три поняття, про які згадується і у ст. 1 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», – «охорона», «раціональне використання» та «відтворення» земель. Але чи є виправданим такий крок? Для відповіді на це питання необхідно з'ясувати зміст зазначених понять, що своєю чергою вимагає звернення до відповідних положень земельного законодавства та земельно-правової доктрини.

Відповідно до ст. 162 Земельного кодексу України (далі – ЗК) охорона земель – це система правових, організаційних, економічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського і лісогосподарського призначення, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення і підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісогосподарського призначення, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення. У ст. 163 ЗК вказується на те, що одним із завдань охорони земель є відтворення земельних ресурсів.

Керуючись зазначеними нормативними приписами, доводиться констатувати, що підстав вважати однопорядковими такі поняття, як «охорона земель» та «відтворення земель», вочевидь, немає, адже останнє охоплюється визначенням першого.

До схожих висновків дійшли і деякі представники земельно-правової доктрини. Наприклад, визначаючи відтворення земель як важливий напрям їхньої охорони, який полягає у проведенні заходів, метою яких є відновлення втрачених у процесі сільськогосподарського та під впливом іншої антропогенної діяльності корисних властивостей землі як засобу сільськогосподарського виробництва та компонента довкілля (рекультивация земель, консервація земель, перелоги), П. Ф. Кулинич резюмує, що термін «охорона земель» є родовим щодо терміна «відтворення земель» (як, до речі, і термінів «збереження земель» та «поліпшення земель») [2, с. 55–56].

Представлені аргументи спонукають висловити думку про те, що при формулюванні визначення безпосереднього об'єкта к. пр., передбаченого ст. 239 КК, жодної потреби у паралельній вказівці і на «відтворення», і на «охорону» земель немає, адже останнє, будучи родовим поняттям, включає попереднє.

Незважаючи на те, що законодавча дефініція «охорони земель» вміщує у себе також і «раціональне використання земель», питання про співвідношення цих понять, на відміну від попереднього, не знаходить єдиного вирішення серед представників земельно-правової доктрини.

Як зазначає П. Ф. Кулинич, видатна роль в обґрунтуванні принципу та раціонального використання та охорони земель належить М. І. Краснову, який розтлумачив це поняття як досягнення максимального ефекту у здійсненні цілей землекористування з урахуванням корисної взаємодії землі з іншими природними факторами та при охороні землі в процесі використання як специфічної умови будь-якої діяльності та головного засобу виробництва у сільському господарстві [3, с. 30].

Розглянувши це визначення, П. Ф. Кулинич резюмує, що воно охоплює три невід'ємні та рівнозначні, на думку М. І. Краснова, складові частини, а саме: 1) досягнення максимального ефекту у здійсненні цілей землекористування; 2) забезпечення корисної взаємодії землі з іншими природними ресурсами; 3) охорона землі як операційного базису та засобу виробництва.

П. Ф. Кулинич констатував наявність сьогодні двох основних думок щодо змісту понять «раціональне використання та охорона земель». Перша з них полягає в тому, що раціональне використання й охорона земель – самостійні види суспільних відносин, різні

явища у сфері взаємовідносин суспільства і природи. Згідно з іншою думкою раціональне використання охоплює також і їхню охорону в процесі використання, оскільки сучасне розуміння користування землею визначає його раціональним лише за умови виконання землекористувачем комплексу заходів щодо охорони земель [2, с. 43–52].

Вважаю, що більш переконливою є позиція вчених [4, с. 166], які визнають раціональне використання та охорону земель хоч і тісно взаємопов'язаними, однак самостійними правовими явищами, які недоцільно ні «відокремлювати одне від одного, ні ототожнювати» [5, с. 171–173]. Щодо цього Н. С. Гавриш зазначає, що раціональне використання – це мета використання ґрунтів, завдання, поставлене перед землекористувачами, землевласниками та іншими суб'єктами у вигляді суми вимог до їх використання, з цього погляду раціональне використання – поняття статичне; правова ж охорона ґрунтів – це засіб забезпечення їх раціонального використання [6, с. 10].

Навіть більше: схильний вважати, що на підтримку заслугоує позиція тих правознавців, які наголошують, що в процесі використання землі вони неухильно зливаються (без ототожнення складових частин) у більш широке поняття, в єдину категорію «раціональне використання і охорона земель» [7, с. 39]. «Без інтеграції цих складових у двоєдину цілісну категорію, – розвиває цю концепцію А. О. Булгаков, – вони залишаються нереалізованими, тобто нереалізованими належною мірою щодо створення оптимального правового режиму системного врегулювання земельного комплексу» [8, с. 17].

Врешті-решт, незважаючи на те, що у ст. 162 ЗК поняття «охорона земель» вживається як родове щодо «раціонального використання земель», в інших нормах ЗК вони вживаються паралельно. Оскільки раціональне використання та охорона земель задекларовані як завдання та принципи земельного законодавства; саме вони визначені метою розроблення загальнодержавних програм використання і охорони земель, землеустрою, державного земельного кадастру, грошової оцінки земельних ділянок тощо.

Отже, зважаючи на викладені положення, при характеристиці соціальних зв'язків відносин, порушуваних внаслідок вчинення к. пр., передбаченого ст. 239 КК, вважаю за доцільне вказувати не лише на охорону, а й на раціональне використання земель.

Соціальний зв'язок в охоронюваних ст. 239 КК правовідносинах полягає у додержанні суб'єктами відповідних відносин приписів земельного законодавства, що забезпечують охорону та раціональне використання земель, зокрема, вимог спеціальних правил, дотримання яких виступає гарантією захисту земель від забруднення та псування. Водночас слід мати на увазі, що фахівцями в галузі екологічного права як безспірний визнається той факт, що використання будь-яких природних ресурсів неможливе без нанесення шкоди навколишньому природному середовищу [9, с. 9]. Суттю ж раціонального природокористування (зокрема, це стосується землекористування) є така експлуатація природних ресурсів, за якої забезпечується лише визначений екологічним законодавством науково обґрунтований та економічно обумовлений шкідливий вплив на природу, за якого зберігається стійкість екосистем і сприятливий стан навколишнього природного середовища загалом [10, с. 8]. Екстраполюючи сказане на проблематику визначення антисуспільної спрямованості к. пр., передбаченого ст. 239 КК, треба резюмувати, що соціальний зв'язок в охоронюваних цією нормою відносинах полягає у такій діяльності суб'єктів, при якій хоч і завдається певна шкода якісному стану земель, але водночас дотримуються державні стандарти і нормативи та інші вимоги в галузі охорони та раціонального використання земель, зокрема, нормативи гранично допустимого забруднення ґрунтів, якісного стану ґрунтів, вимоги щодо охорони земель при застосуванні пестицидів і агрохімікатів, щодо охорони земель від забруднення небезпечними речовинами, відходами тощо.

Фіналізуючи спроби дати науково обґрунтоване визначення основного безпосереднього об'єкта к. пр., передбаченого ст. 239 КК, вважаю необхідним використати і запропоноване Т. К. Оверковською поняття охорони земель від забруднення та псування, яке дослідниця трактує як комплекс правовідносин, при реалізації яких на основі правових норм та реалізації науково-обґрунтованих заходів економічного, екологічного, організаційного,

земельно-правового, еколого-правового, науково-технічного, технологічного та іншого характеру гарантується і забезпечується запобігання та усунення негативних наслідків забруднення земель виробничими та побутовими відходами, стічними водами, токсичними, хімічними та радіоактивними речовинами, пестицидами та агрохімікатами понад встановлені гранично допустимі концентрації, захист природного стану земель від інших необґрунтованих дій, несприятливих техногенних та природних процесів, що небезпечні для довкілля, життя і здоров'я людей, а також застосовується юридична відповідальність за порушення вимог законодавства про охорону земель від забруднення та псування [11, с. 14].

Отже, основним безпосереднім об'єктом к. пр., передбаченого ст. 239 КК, виступають правовідносини, що забезпечують порядок раціонального використання та охорони земель, встановлений для запобігання забруднення земель виробничими та побутовими відходами, стічними водами, токсичними, хімічними та радіоактивними речовинами, пестицидами та агрохімікатами понад встановлені гранично допустимі концентрації, захисту природного стану земель від інших необґрунтованих дій, несприятливих техногенних та природних процесів, що небезпечні для довкілля, життя і здоров'я людей.

Література

1. Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України : навч. посіб. Харків : УкрЮА, 1994. 76 с.
2. Кулинич П. Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні : монографія. Київ : Логос, 2011. 688 с.
3. Правовое обеспечение рационального использования земли в СССР / под ред. Н. И. Краснова. Москва : Юрид. лит., 1969. 216 с.
4. Андрейцев В. І. Земельне право і законодавство суверенної України. *Актуальні проблеми практичної теорії*. 2-ге вид., випр. Київ : Знання, 2007. 445 с.
5. Оверковська Т. К. Співвідношення раціонального використання та охорони земель. Збірник матеріалів конф. «Право і суспільство: актуальні проблеми взаємодії». Вінниця : МАУП, 2004. С. 171–173.
6. Гавриш Н. С. Правовий режим ґрунтів в Україні : дис. ... докт. юрид. наук. Одеса, 2018. 466 с.
7. Краснов Н. И., Башмаков Г. С. О понятиях рационального использования и охраны земли. *Государство и право*. 1999. № 10. С. 38–44.
8. Булгаков А. О. Правове регулювання раціонального використання і охорони земель в Україні в ХХ ст. : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. 226 с.
9. Дейнега А. М. Використання природних ресурсів та охорона навколишнього природного середовища: проблеми співвідношення правових категорій. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. Вип. 3. Т. 2. С. 7–10.
10. Нестерова Н. І. Принцип раціонального використання природних ресурсів в екологічному праві України : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2019. 203 с.
11. Оверковська Т. К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2008. 20 с.

Державна допомога суб'єктам господарювання: щодо законодавчого визначення поняття

Орлова І. М., к. ю. н.

Класичний приватний університет

Дослідження проблемних питань державного впливу на господарську діяльність (економіку) в Україні постійно залишаються актуальними.

Останнім часом значна увага науковців приділена темі правового регулювання державної допомоги суб'єктам господарювання.

Це пояснюється прийняттям Угоди про асоціацію України з Європейським Союзом [1] та набранням чинності Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01 липня 2014 року [2]. Крім того, актуальність теми правового регулювання державної допомоги суб'єктам господарювання в Україні пов'язується з низкою таких чинників: непрозорість надання допомоги, корупція на різних рівнях державних органів, до недавнього часу відсутність єдиного інституту, який би регулював надання та розподіл різних видів державної допомоги тим чи іншим суб'єктам господарювання [3, с. 16].

Але, незважаючи на значний інтерес до проблематики державної допомоги суб'єктам господарювання, потребують подальшого дослідження та уточнення як теоретичні, так і практичні аспекти її застосування. У першу чергу щодо визначення поняття «державна допомога суб'єктам господарювання» у чинному законодавстві України, приведення його у відповідність до змісту положень законодавства Європейського Союзу.

У першу чергу розглянемо як визначено поняття державної допомоги у законодавстві Європейського Союзу.

Слід зазначити, що Римський договір від 25 березня 1957 (набув чинності 1 січня 1958 року) [4], так само як і попередні установчі договори Європейського Союзу, не містять визначення «державної допомоги». Оскільки, як зазначається у літературі, цей термін дуже важко систематизувати на практиці, а схеми та підходи мають тенденцію змінюватися завдяки найчастішим, заповзятливим користувачам державної підтримки [5, с. 93].

Водночас при прийнятті рішень Європейська Комісія має керуватися чіткими законодавчими положеннями та встановленими ними принципами, а саме: забезпечення рівних правил гри; адресний характер (тобто призначатися тільки для деяких виробників або виробництва окремих виробів, що негативно позначається на рівності можливостей усіх конкурентів); наявність адекватних інституцій; підзвітність; прозорість; обмеження обсягу; тривалість [6, с. 24–26].

Поняття державної допомоги міститься в ст. 107 Договору про функціонування Європейського Союзу [7].

При цьому ст. 107 Договору про функціонування Європейського Союзу не містить звичних для українського законодавства визначень. Більше того, з часу підписання Римського договору, Європейський Союз навіть не намагався звести це поняття до визначення, що вклалося б у 1–2 речення. Натомість, поняття державна допомога подається ст. 107 Договору про функціонування Європейського Союзу як набір критеріїв, яким має відповідати захід державної підтримки аби вважатися заходом державної допомоги [8, с. 18].

Такими критеріями є: 1) допомога в будь-якій формі, що надається за рахунок ресурсів держави-члена Європейського Союзу або через втручання держави; 2) спотворення або потенційна загроза спотворення конкуренції між державами-членами Європейського Союзу; 3) надання переваги певним суб'єктам господарювання або виробництву певних товарів (тобто поєднуються два складника – надання переваги суб'єктам господарювання та надання такої переваги не всім, а лише окремим суб'єктам господарювання, тобто вибірковість заходу); 4) вплив на торгівлю між державами-членами Європейського Союзу.

Головними складниками визначення державної допомоги, несумісної із внутрішнім ринком, є: по-перше, вибірковість надання державної допомоги; по-друге, надання державами-членами переваг, неправомірних із комерційної точки зору; по-третє, залучення державних коштів; по-четверте, результатом надання державної допомоги є викривлення конкуренції; та по-п'яте, державна допомога має вплив на торгівлю на території Європейського Союзу. Фактично узагальнене роз'яснення або деталізація цього набору критеріїв було зроблено Європейською Комісією лише у 2016 році у Повідомленні Комісії про поняття державної допомоги, зазначене в ст. 107 Договору про функціонування Європейського Союзу [9].

На відміну від законодавства Європейського Союзу законодавство України містить чітке визначення поняття «державна допомога суб'єктам господарювання».

Так, згідно зі ст.1 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01 липня 2014 року державна допомога суб'єктам господарювання (далі – державна допомога) – підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності.

Аналіз запропонованої вище дефініції дозволяє зробити такі висновки: державна допомога визначена як підтримка; у ній знайшли відображення критерії, визначені у європейському законодавстві, яким має відповідати захід державної підтримки аби вважатися заходом державної допомоги.

Визначення поняття державна підтримка суб'єктів господарювання у законодавстві України відсутня.

Виходячи зі змісту норм Господарського кодексу України (ст.ст. 12, 16) [10], державна підтримка розуміється як один із засобів державного регулювання господарської діяльності.

Між тим, визначення «державної допомоги» через «підтримку» викликає неоднозначні відгуки у науковій літературі.

Щодо співвідношення понять «державна допомога» та «державна підтримка» висловлюються наступні точки зору.

Так, зазначається, що ці два поняття необґрунтовано ототожнюються. Одні автори державну підтримку розуміють як сукупність економічних, організаційних та правових механізмів, завдяки яким суб'єктам господарювання надається державою через інфраструктуру підтримки суб'єктів господарювання необхідне сприяння фінансового, організаційного, інформаційного та матеріально-технічного характеру з метою створення умов для формування і розвитку суб'єктів господарювання у різних галузях народного господарства. Підтримка є тим механізмом, який стимулює суб'єктів господарювання до раціональної та економічно обґрунтованої господарської діяльності, спрямовує розвиток підприємництва на основі конкуренції [11, с. 407, 410].

Вказується на те, що на відміну від державної допомоги державна підтримка передбачає застосування організаційних, адміністративних або інших заходів, але не включає прямого фінансування (грошової допомоги). Саме за цим критерієм пропонується розмежовувати поняття державної допомоги, в межах якої здійснюється пряме фінансування, та державної підтримки, яка включає організаційні та адміністративні механізми сприяння.

Інші автори зазначають, що при найближчому аналізі законодавчого визначення поняття «державна допомога» можна дійти висновку, що законодавець фактично ототожнює його з поняттям «підтримка» [12, с. 112].

Погодитися з ототожненням понять «державна допомога» та «державна підтримка» не вбачається доцільним.

Державна допомога має розглядатися як більш широке за змістом поняття й полягає у цілеспрямованому впливі держави на діяльність суб'єктів господарювання (адміністративні, фінансові та інші механізми, спрямовані на урівноваження інтересів суб'єктів господарювання, упорядкування їхньої діяльності, надання їм фінансової допомоги тощо).

Державна допомога суб'єктам господарювання – діяльність держави в особі її органів, спрямована на реалізацію державної економічної політики з використанням спеціальних засобів, форм і методів.

У свою чергу державну підтримку суб'єктів господарювання пропонується розглядати у більш вузькому значенні та визначити як засіб державного регулювання, зміст і порядок надання якого визначається нормами чинного законодавства. Серед переваг державної підтримки як засобу державного регулювання господарської діяльності є сприяння діяльності конкретних суб'єктів господарювання, цілеспрямоване вирішення проблем, оздоровлення важливих галузей господарства. Недоліками зазначеного засобу державного

регулювання є високий ступінь ризику дискримінації суб'єктів господарювання, порушення засад економічної конкуренції.

Зазначені вище наукові дискусії обумовлюють необхідність удосконалення поняття «державна допомога суб'єктам господарювання», визначеного у Законі України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01 липня 2014 року.

У зв'язку з цим звертає на себе увагу визначення поняття «індивідуальна державна допомога» (ст. 1 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01 липня 2014 року) як захід державної допомоги, що здійснюється поза межами програми державної допомоги, а також окремі заходи державної допомоги, що здійснюються в межах програми державної допомоги, але підлягають повідомленню згідно з умовами такої програми та цим Законом.

Індивідуальна державна допомога – це певний захід, який пов'язаний з програмою державної допомоги. Отже, можна припустити, що державна допомога взагалі – це система певних заходів цілеспрямованого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання, розвиток економічних процесів взагалі. Така позиція усунула б протиріччя щодо визначення «допомоги» через «підтримку».

Крім того, легальне визначення поняття державна допомога суб'єктам господарювання замість набору критеріїв, яким має відповідати захід державної підтримки аби вважатися заходом державної допомоги, має містити ознаки, характерні особливості цього правового явища.

Таким чином, чинне національне законодавство про державну допомогу у сфері господарювання, незважаючи на вже проведене реформування, все ще потребує доопрацювання, зокрема, щодо внесення змін до Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01 липня 2014 року в частині визначення поняття «державна допомога суб'єктам господарювання».

Література

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011
2. Про державну допомогу суб'єктам господарювання : Закон України від 01 липня 2014 р. № 1555-VII. *Офіційний вісник України*. 2014. № 62. Ст. 1704. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1555-18>
3. Масько А.М. Державна допомога суб'єктам господарювання: державне регулювання в Україні та європейський досвід. *Причорноморські економічні студії*. Випуск 38-1. 2019. С. 16–23.
4. Римський договір 1957 року. *Юридична енциклопедія* : [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2003. Т. 5 : П – С. 736 с.
5. Прокопов А.А. Державна допомога суб'єктам господарювання в Україні: сучасні тенденції та відповідність європейським стандартам. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. № 1 (72). 2014. С. 91–97.
6. Нів'євський О.В., Таран С.В., Лещенко Н.І. Правове регулювання надання державної допомоги в Європейському Союзі та в Україні. *Шляхи адаптації законодавства України*: навч. посіб. Київ: Центр учбової л-ри, 2007. 180 с.
7. FOX B. Commission sets out state-aid overhaul to drive growth / BENJAMIN FOX // *EUObserver*. 2012. URL: <https://euobserver.com/economic/116194>
8. Кулик О. Система державної допомоги в Україні: як європейські вимоги можуть зробити її більш ефективною. Київ: ГО «Український центр європейської політики», 2019. 60 с.
9. Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016, p. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0719%2805%29>

10. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. / Верховна Рада України. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462. База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.

11. Лічак Д.В. Проблеми визначення поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання». *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 403–411.

12. Петруненко Я. Поняття державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 6, С. 110–115.

Дефініція правосвідомості, як фактору правопорядку

Певко С.Г., д.філос.права

Харківський національний університет внутрішніх справ

Більшість держав світу є правовими, основою цього є наявність формально виражених загальнообов'язкових правил поведінки, що регулюють суспільні відносини та діяльність органів влади. Реалізація приписів держави, а саме законодавчого органу влади – парламенту, є формальною запорукою успішного розвитку правової держави, враховуючи наявність рівно (справедливо) – встановлених прав, свобод та законних інтересів осіб, що є визнані суспільством. Визнання та усвідомлення членами суспільства правових норм є ключовим та першочерговим елементом наявності правопорядку у державі. Ключовим елементом, що впливає на рівень правопорядку у державі є поведінка членів суспільства, яка в свою чергу залежить від рівня їх правосвідомості. Розглянемо детально, що таке правосвідомість.

Правосвідомість – це специфічна форма суспільної свідомості, система відображення правової дійсності у поглядах, теоріях, концепціях, почуттях, уявленнях людей про право, його місце та роль щодо забезпечення свободи особи та інших загальнолюдських цінностей [1, с. 164]. Правосвідомість перебуває в безпосередній взаємодії з іншими формами суспільної свідомості: моральною, політичною, філософською та іншими і наділена всіма якостями та характеристиками, властивими суспільній свідомості як такої. М. Вовпенко визначає її як особливу форму ідейно-психологічного відбиття і освоєння правової дійсності через систему нормативно-оцінних уявлень і суджень людей про природу та закономірності правових явищ [2, с. 13].

Тобто правосвідомість, це здатність особи розуміти існування закріплених прав, свобод та законних інтересів через форми їх вираження. А саме через наявність формально виражених, загальнообов'язкових правил поведінки, що регулюють суспільні відносини. Саме належний рівень правосвідомості, що є запорукою мінімізації девіантної поведінки, дієво впливає на існування правопорядку у державі. Для розкриття взаємодії правосвідомості, як фактору впливу на існування правопорядку, необхідно визначити сутність останнього.

Прапорядок це термін, що вживається навіть при визначенні функціональних складових органів державної влади. Прапорядок можна розділити на дві словесно-сміслові складові: право та порядок, тобто правовий порядок. Будь-який орган державної влади зобов'язаний діяти лише в межах права, що підтверджується принципом діяльності органів влади діяти лишена підставах, в порядку та у спосіб передбачений законом.

Наприклад діяльність органів Національної поліції. Відповідно до ч.1 ст.8 закону України «Про Національну поліцію», поліція здійснює свою діяльність на засадах відкритості та прозорості в межах, визначених Конституцією та законами України [3]. Тобто поліція діє лише у правовому полі. Відповідно до п.1 ч.1 ст.2 закону України «Про Національну поліцію», завданнями поліції є надання поліцейських послуг у сферах: забезпечення публічної безпеки і порядку [3]. Публічна безпека та порядок регулюється правовими нормами. Тому поліція виконує функцію забезпечення правопорядку.

Отже розглянемо погляди науковців на це правове явище, що виникло внаслідок розвитку та функціонування держави та права.

Ю. Дмитрієв, І. Казьмін, В. Лазарев, розглядають правопорядок як «процес дотримання, виконання, використання та застосування законів та підзаконних актів, результат втілення законності в реальні суспільні відносини» [4, с. 262].

Натомість є інші погляди, вчений В. Хропанюк відокремлює правопорядок в певну систему суспільних відносин, яка встановлюється в результаті точного та повного здійснення приписів правових норм усіма суб'єктами права [5, с. 349]. Даний погляд є спірним на підставі того, що в багатьох державах є певний рівень правопорушень, отже виходячи із цього у цих державах не має правопорядку, так як відсутнє повне та точне дотримання правових приписів членами суспільства, свідченням є наявність протиправних дій, які містять ознаки адміністративних, кримінальних правопорушень чи деліктів. Тобто, виходячи із вищевказаного твердження автора, правопорядок має місце тільки, лише коли суспільні відносини існують у точній та повній відповідності правових приписів. Дане твердження є досить хитким та обмеженим.

Тобто правопорядок це існування суспільних відносин у правовому полі, а саме втілення їх учасниками правових приписів у життя.

Проаналізувавши два види правових термінів, а саме правосвідомість та правопорядок можна розглянути їх вплив.

Безумовно правосвідомість є невід'ємним компонентом гарантування правопорядку у державі, так як саме усвідомлення учасниками правовідносин наявності правових норм, що регулюють суспільні відносини та їх обов'язковості, є запорукою зміцнення та існування не тільки правопорядку у державі, а також основних ідей та засад права, а саме правових принципів, таких як: законності, верховенства права тощо. Оцінюючи рівень правопорядку у державі, можна визначити рівень правосвідомості суспільства та навпаки. Так, як в залежності від того, який рівень правової освіченості мають члени суспільства, який рівень реалізації правових приписів у державі, напряду призводить до відповідного рівня правового порядку. Чим нижчий рівень правосвідомості тим нижчий рівень правопорядку. Правосвідомість складається із таких компонент, як: правова психологія, правова ідеологія та правова поведінка.

За рівнем, формою і обсягом відображення правового життя правосвідомість поділяють на правову ідеологію і правову психологію. Значна частина вчених вважає, що саме правова ідеологія і правова психологія у структурі правосвідомості займають домінуюче положення, бо у реальній соціальній дійсності немає жодного правового явища або процесу, де б так чи інакше не отримували свого відображення ідеологічні та психологічні чинники [6, с. 167].

Водночас учені О. Скаун та М. Подберезський поряд з ідеологічною та психологічною правосвідомістю вирізняють ще й поведінкову (що передбачає вихід на правову поведінку) [7, с. 86].

Розглядаючи кожен елемент правосвідомості, можна виділити їх поступовий зв'язок із правопорядком. Правова психологія надає можливість особі наявності правових у регулювання суспільних відносин, правова ідеологія призводить до визначення необхідності особі їх реалізації, а правова поведінка є саме втілення правових норм, що є наслідком встановлення, зміни або припинення правовідносин які є основним елементом правопорядку.

Тому правосвідомість є фактором правопорядку так, як в залежності від її оволодіння та вираження суб'єктами права, формується правопорядок.

Література

1. Колодій А.М., Копейчиков В.В., Лисенков С.Л. та ін. Теорія держави і права : навч. посіб. К. : Юрінком Інтер, 2002. 189 с.
2. Вопленко Н. Н. Правосознание и правовая культура : учеб. пособие. Волгоград : ВолГУ, 2000. 52 с.

3. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. Дата оновлення: 10.06.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text> (дата звернення: 17.07.2021).
4. Дмитриев Ю.А., Казьмин И.Ф., Лазарев В.В. Общая теория права : учебник для юридических вузов. 2-е изд., испр. и доп. М. : МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1996. 384 с.
5. Хропанюк В.Н. Теория государства и права : учебное пособие для высших учебных заведений. М., 2000. 381 с.
6. Чефранов В.А. Философские проблемы правового сознания. К., 1976. 395 с.
7. Котюк В.О. Теорія права: курс лекцій : навч. посіб.. К., 1996. 206 с.

Сучасний стан митного права Європейського Союзу

*Перецьолкін С.М., д.ю.н., доцент
Університет митної справи та фінансів*

Набуття повноправного членства України в Європейському Союзі вимагає від нашої держави приведення вітчизняного права у відповідність до права Європейського Союзу (ЄС). Серед галузей права України однією з найбільш пріоритетних у цій діяльності є митне право. З огляду на це, актуальним є охарактеризувати сучасний стан митного права ЄС.

Митне право ЄС являє собою правове явище *suī generis*, матеріальну та процесуальну складові якого утворюють: установчі угоди ЄС; акти, що приймаються установами ЄС; міжнародні угоди, укладені як між державами – членами ЄС, так і з третіми державами; національне митне право держав – членів ЄС; практика застосування митного законодавства ЄС, зокрема судова практика тощо.

Серед установчих угод ЄС найбільш важливими у цій галузі є Договір про Європейський Союз (ДЄС) [1] та Договір про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС) [2]. У їх статтях закріплено численні важливі для митного права Союзу положення. Однак, якщо у статтях ДЄС загалом визначають цінності та принципи Союзу та безпосередньо не згадуються митний союз і складові митного права ЄС, то, у тексті ДФЄС та його Протоколах регулюванню митних відносин приділяється значної уваги. Наприклад, згідно з ст. 3 ДФЄС, Союз має виключну компетенцію у сфері митного союзу. Зі свого боку відповідно до ст. 31 ДФЄС, Мита Спільного митного тарифу встановлюються Радою на пропозицію Комісії. Важливі для здійснення правового регулювання митних відносин як між державами – членами ЄС, так і з третіми країнами та територіями, правила митного права, закріплено також у наступних статтях ДФЄС та Протоколах до нього: статті 28, 29 (Вільний рух товарів); статті 30, 32 (Митний союз); ст. 33 (Митне співробітництво); статті 34–37 (Заборона кількісних обмежень між державами-членами); ст. 349 (Загальні та прикінцеві положення); Протокол № 7 «Про привілеї та імунітети Європейського Союзу»; Протокол № 31 «Про імпорт до Європейського Союзу нафтопродуктів, перероблених на нідерландських Антверпенських островах»; Протокол № 34 «Про спеціальні положення щодо Гренландії» тощо.

Із-поміж актів, що приймаються установами ЄС центральне місце належить чинному Митному кодексу ЄС (МК ЄС), затвердженому Регламентом № 952/2013 Європейського Парламенту та Ради ЄС від 9 жовтня 2013 р. про встановлення Митного кодексу Європейського Союзу [3].

За структурою МК ЄС складається з преамбули, 9 розділів, які вміщують 288 статей, та одного додатку – Кореляційної таблиці. У його змісті нормативного закріплення отримали наступні загальні правила та процедури, що застосовуються до товарів, ввезених на митну територію ЄС або вивезених з неї: сфера застосування митного законодавства, завдання митниці та визначення; права та обов'язки осіб стосовно митного законодавства; конвертація валюти та часові обмеження; спільний митний тариф та тарифна класифікація товарів; походження товарів; виникнення митного боргу та гарантії для потенційного або існуючого митного боргу; відшкодування та звільнення від сплати суми ввізного або вивізного мита; погашення митного боргу; загальні правила щодо митного статусу, поміщення товарів у

митний режим, перевірка, випуск та розпорядження товарами; випуск у вільний обіг та звільнення від сплати ввізного мита; спеціальні процедури; товари, вивезені за митну територію ЄС; електронні системи, спрощення, передача повноважень, процедура комітету та прикінцеві положення.

МК ЄС є основним але не єдиним актом митного законодавства ЄС. Тому важливу роль для ефективного правового регулювання митних відносин в ЄС відіграють також й інші регламенти, прийняті з метою сприяння виконанню положень МК ЄС: Делегований регламент Комісії ЄС № 2015/2446 від 28 липня 2015 р.; Імплементативний регламент Комісії ЄС № 2015/2447 від 24 листопада 2015 р.; Делегований регламент Комісії ЄС № 2016/341 від 17 грудня 2015 р. тощо.

Вкрай важливою складовою митного права ЄС виступає Спільний митний тариф, застосування якого здійснюється відповідно до Регламенту Ради ЄС № 2658/87 від 23 липня 1987 р. щодо тарифної і статистичної номенклатури і спільного митного тарифу [4].

Основу Спільного митного тарифу складає combined nomenclatur (CN) – систематизований перелік описів товарів, складений на основі Гармонізованої системи. Крім цього CN також використовують для статистики зовнішньої торгівлі співтовариства.

На основі CN Комісія ЄС складає Інтегрований тариф ЄС TARIC (від французького терміна «Tarif intégré des Communautés européennes»). Юридично TARIC не є частиною митного законодавства ЄС. Однак на практиці він активно використовується Комісією та компетентними органами держав-членів для реалізації заходів Союзу по відношенню до імпорту, а також в необхідній мірі експорту та торгівлі між державами-членами.

Основними цілями використання CN та TARIC є: стягнення мит; позначення товарів, які підлягають обкладенню акцизами; позначення товарів, які обкладаються ПДВ за зниженими ставками; застосування імпорتنих та експортних нетарифних обмежень; ведення зовнішньоторговельної статистики.

TARIC публікується щороку в Офіційному журналі ЄС, а також є доступним в електронному вигляді.

Важливу частину митного права Союзу утворюють правила, що встановлюють систему звільнень від сплати мита. Як і у випадку із Спільним митним тарифом ЄС, через свої розміри, система звільнення від сплати мита, яка діє в Союзі, викладена окремо від Митного кодексу, а саме в Регламенті Ради (ЄС) № 1186/2009 від 16 листопада 2009 р., що встановлює систему Співтовариства для звільнення від сплати мит [5].

Важливе місце в структурі митного права ЄС належить міжнародним угодам, що містять положення в галузі митного права, у тому обсязі, в якому вони застосовуються в Союзі.

Залежно від суб'єктного складу такі угоди можуть бути класифіковані за такими видами: *угоди між державами – членами ЄС* (Конвенція про спрощення формальностей у торгівлі товарами від 20 травня 1987 р., Конвенція про процедуру загального транзиту від 20 травня 1987 р., Конвенція про взаємну допомогу та співробітництво між митними адміністраціями від 18 грудня 1997 р.); *багатосторонні міжнародні угоди, учасником яких є ЄС та його держави-члени* (Міжнародна конвенція про спрощення та гармонізацію митних процедур від 18 травня 1973 р., Митна конвенція про міжнародні перевезення вантажів із застосування книжки МДП від 14 листопада 1975 р., Міжнародна конвенція про гармонізовану систему опису та кодування товарів від 14 червня 1983 р., Міжнародна конвенція про тимчасове ввезення від 26 червня 1990 р.); *угоди ЄС та його держав-членів з третіми державами або міжнародними організаціями* (Угода про асоціацію між Україною з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. (Угода про асоціацію). Так, в Угоді про асоціацію упорядкуванню взаємних відносин у сфері митного регулювання, приділяється увага у наступних статтях: ст. 27 «Визначення мита»; ст. 29 «Скасування ввізного мита»; ст. 31 «Експортне мито»; ст. 33 «Збори ті інші платежі»; ст. 49 «Правило щодо меншого мита»; ст. 50 «Застосування заходів та їх перегляд»; ст. 76 «Законодавство та процедури»; ст. 77 «Відносини з бізнес-спільнотою»; ст. 78 «Збори та

платежі»; ст. 79 «Митна оцінка»; ст. 80 «Митне співробітництво»; ст. 81 «Взаємна адміністративна допомога в митних справах»; ст. 82 «Технічна допомога і розвиток потенціалу»; ст. 83 «Підкомітет з питань митного співробітництва»; ст. 84 «Наближення законодавства у митній сфері» тощо [6].

У сферах, не охоплених вище зазначеними актами митного законодавства ЄС, або в яких законодавство Союзу передбачає чи дозволяє приймати національні закони, застосовується законодавство тієї держави-члена, де товари розміщують у митний режим. Це стосується різних питань, зокрема, організаційної структури національних митних адміністрацій, порядку проходження служби в митних органах, класифікації митних правопорушень, видів і порядку застосування санкцій за вчинені митні правопорушення, процедури подання апеляцій на дії митних органів тощо. При цьому слід врахувати, що сфера дії національного митного законодавства обмежена державними кордонами та не поширюється на всю митну територію ЄС.

Загалом держави – члени ЄС досягли значного прогресу в напрямі застосування митного законодавства ЄС як би це робила єдина адміністрація. Проте для повної злагодженості дій у цій сфері їм потрібно ще багато працювати. На практиці постійно виникають випадки неоднозначного тлумачення та застосування митного законодавства ЄС різними правозастосовними органами держав – членів ЄС. Найчастіше такі ситуації виникають з питань здійснення митного контролю за імпортом товарів, нарахування розміру митних зборів, встановлення походження товарів, визначення їх місця в комбінованій номенклатурі та накладення митних санкцій.

Вагомий вплив на формування, дію та розвиток митного права Союзу здійснює практика Суду ЄС, який своїми рішеннями значною мірою конкретизував положення установчих договорів та зобов'язав окремих держав-членів скасувати ті або інші заходи обмеження торгівлі, які суперечили цим нормам. У цьому контексті найбільш відомою є справа *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* 1963 р., рішенням у якій було підтверджено принцип прямої дії норм Римського договору щодо скасування мит між державами-членами [7].

За результатом розгляду іншої справи – *Commission v. Italy* 1968 р., Судом ЄС було визначено відсутнє в установчих договорах ЄС поняття «товар» [8].

Велике значення практиці Суду ЄС надається в діяльності національних судових органів. Так, на запити національних судів держав-членів, Суд ЄС, ухвалює рішення щодо інтерпретації Спільного митного тарифу, у тому числі й регламентів, прийнятих для його інтерпретації, що дає судам можливість вирішувати судові справи, які перебувають у них на розгляді. Крім цього, національні суди проводять оцінку фактичних обставин справи на основі інтерпретаційних критеріїв, викладених Судом ЄС [9].

Найчастіше на розгляд Суду передаються справи у таких сферах митного регулювання: тарифна класифікація товарів [10]; митні процедури [11]; митна оцінка товарів [12]; визначення походження товарів [13].

Література

1. Consolidated version of the Treaty on European Union. *Official Journal of the European Union*. 2012. № C 326. P. 13–45.
2. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal of the European Union*. 2012. № C 326. P. 47–390.
3. Regulation (EU) № 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code. *Official Journal of the European Union*. 2013. № L 269. P. 1–101.
4. Council Regulation (EEC) № 2658/87 of 23 July 1987 on the tariff and statistical nomenclature and on the Common Customs Tariff. *Official Journal of the European Communities*. 1987. № L 256. P. 1–675.
5. Council Regulation (EC) № 1186/2009 of 16 November 2009 setting up a Community system of reliefs from customs duty (codified version). *Official Journal of the European Union*.

2009. № L 324. P. 23–57.

6. Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part. *Official Journal of the European Union*. 2014. № L 161. P. 3–2137.

7. Case 26-62. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>

8. Case 7-68. Commission of the European Communities v. Italian Republic. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61968CJ0007>

9. Case 167/84. Hauptzollamt Bremen – Freihafen v. J. Henr. Drünert Holzimport. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0167>

10. Case C-58/14. Hauptzollamt Hannover v. Amazon EU Sàrl. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0058>

11. Case C-156/16. Tigers GmbH v Hauptzollamt Landshut. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CC0156>

12. Case C-46/16. Valsts ieņēmumu dienests v ‘LS Customs Services’ SIA. *Official Journal of the European Union*. 2018. № C 5. P. 6–7.

13. Case C-373/08. Hoesch Metals and Alloys GmbH v. Hauptzollamt Aachen. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0373>

Правові ознаки державного фінансового моніторингу

Першин В.Г., к.ю.н.

Національна академія прокуратури України

Необхідно констатувати, що рівень злочинності, в тому числі і економічної, на жаль, має в Україні тенденцію до зростання. Такі ж невтішні показники мають місце стосовно легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Значною мірою вказане обумовлено загальним погіршенням криміногенної ситуації в державі та становленням системи фінансового моніторингу в Україні, наявністю низки невирішених у цьому зв'язку проблем. Наразі ми є свідками активного розвитку фінансового законодавства та намагання з боку держави здійснювати реальне запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Держава за своєю природою та соціальним призначенням намагається створити для людини належні та комфортні умови для проживання, безпечного існування та можливості для реалізації своїх прав. Серед іншого це досягається за рахунок створення організаційно-правових механізмів, які забезпечуватимуть (мінімізуватимуть) можливості для легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансування тероризму.

Ми вважаємо, що фінансовий моніторинг узагалі, а державний фінансовий моніторинг тим паче повинен розглядатись крізь призму публічного обов'язку держави. Причин обгрунтованості такого варіанту постановки питання є багато, вкажемо лише ключові:

- по-перше, це впливає із загально-соціального призначення держави, яким у широкому сенсі є забезпечення добробуту та реалізації прав громадян, в тому числі і на проживання в умовах мінімального рівня злочинності, відсутності терористичної загрози та небезпеки застосування зброї масового знищення;

- по-друге, це базується на сприйнятті функцій держави, таких як безпекова, економічна, фінансова;

- по-третє, налагодження та подальше функціонування системи фінансового моніторингу об'єктивно неможливе без держави, оскільки потребує за діяння низки потужних державних інституцій, передовсім із фінансового та правоохоронного сектору;

- по-четверте, міжнародні зобов'язання України як члена світової спільноти держав, учасника низки наддержавних утворень, а також підписання нашою державою низки

важливих міжнародних документів засвідчують обов'язок саме держави дотримуватись взятих на себе зобов'язань.

Як видається, під фінансовим моніторингом необхідно розуміти публічний обов'язок держави, що полягає у необхідності створення та забезпечення підтримки функціонування організаційно-правового механізму, який дозволить констатувати фінансові операції сумнівного характеру, комплексно аналізувати отриману інформацію та, у необхідних випадках, інформувати правоохоронні органи держави, із чітко визначеною кінцевою метою всіх вищевказаних елементів, якою є мінімізація легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Виходячи із цього можуть бути сформульовані наступні правові ознаки, які характеризують сутність фінансового моніторингу:

- по-перше, це публічний обов'язок держави, який впливає із призначення держави та взятих на неї соціальних внутрішньодержавних та публічних міжнародних зобов'язань;

- по-друге, це організаційно-правове явище, послідовність здійснення якого чітко визначена нормами передовсім публічного права;

- по-третє, це певний механізм, тобто система взаємодіючих структур (суб'єктів), ключовою метою взаємодії яких є саме спостереження та виявлення підозрілих чи сумнівних фінансових операцій;

- по-четверте, це не просто констатація певних обставин фінансово-правового характеру, це можливість та фактично обов'язок комплексно аналізувати отриману інформацію та доходити певних висновків, наслідком яких є вжиття певних запобіжних чи припинювальних процесуальних дій;

- по-п'яте, чітко виокремлена можливість щодо інформування правоохоронних органів держави стосовно фінансово неідеальних дій тих чи інших суб'єктів правових відносин;

- по-шосте, кінцевою метою діяльності системи фінансового моніторингу є мінімізація легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом.

Основні принципи функціонування та державного регулювання фінансового ринку в Україні повинні базуватись на засадах, визначених Міжнародною організацією комісій по цінних паперах (International Organization of Securities Commissions, IOSCO), Міжнародною організацією страхових наглядачів (International Association of Insurance Supervisors, IAIS), Фінансовою комісією з проблем відмивання капіталів (Financial Action Task Force, FATF). Тим самим Україна продемонструє свій напрям дій у вказаному секторі суспільного життя.

Таким чином, державний фінансовий моніторинг є дієвим інструментом виявлення та припинення незаконних дій щодо легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом. Значна кількість «вузьких місць» потребує більш системного дослідження з метою виходу на конкретні зміни до чинного законодавства та пропозиції змін у діяльності відповідних публічно-правових інституцій. Загалом же успіх у боротьбі з такого роду незаконними діями залежить від усіх: суспільства, держави, суб'єктів первинного та державного фінансового моніторингу. І це забезпечить, окрім іншого, інвестиційну привабливість Україні на міжнародній арені.

Діалог громадянського суспільства з органами публічної влади: проблеми та стратегічні напрями

Подорожна Т.С., д.ю.н., доцентка

Львівський торговельно-економічний університет

Ковбас І.В., д.ю.н., доцент

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

На сучасному етапі розвитку політико-правових процесів в Україні становлення та вдосконалення інститутів громадянського суспільства вимагає формування якостей

соціальної відповідальності у громадян, що виражається в їхній здатності самостійно або в кооперації з іншими інституціями вирішувати нагальні проблеми соціально-політичного характеру. Успіх демократичних перетворень вимагає наявності відповідальних громадських інститутів, здатних до цивілізованої критики публічної влади, водночас важлива і їхня спільна діяльність задля задоволення загальнонаціональних інтересів.

Побудова громадянського суспільства є запорукою становлення демократії в Українській державі. Завдання державної політики полягає в тому, щоб створити політико-правові умови для зміцнення громадянського суспільства, через його взаємодію з державою, що дасть змогу поступово обмежити державне втручання в життя громадян. Питання про ступінь участі громадян та інститутів громадянського суспільства у вирішенні питань державного і місцевого значення досі є предметом наукових дискусій. Так, один з основоположників теорії і практики політичної демократії Т. Джефферсон наполягав на необхідності допускати безпосередніх представників народу до участі в державних справах. Обмежуючись визнанням широкого народовладдя на муніципальному рівні управління, мислитель віддавав перевагу передачі основних владних повноважень державного масштабу так званої «природної аристократії» спеціально відібраним і навченим державним адміністраторам [1]. На переконання І. Шумпетера, сутність демократії зводиться до того, що в народі є можливість прийняти або не прийняти тих людей, які повинні ним управляти [2]. Аналогічні уявлення характерні і для представників сучасної політичної науки, які наполягають на тому, що сутність і функціональне призначення держави найбільш адекватно розкриваються саме у взаємозв'язку з громадянським суспільством [3, с. 42]. Незважаючи на плюралізм наукових думок, дослідники сходяться на думці, що державна політика вибудовується в результаті складної взаємодії державної влади, соціальних груп, взаємовпливу найрізноманітніших зовнішніх і внутрішніх чинників. Публічний характер державної політики полягає в її орієнтації на громадянське суспільство.

У зв'язку із цим, зберігає своє значення наукова і практична проблема пошуку оптимальних форм державно-громадської взаємодії та партнерства. Тож, мабуть, не випадково критеріями розвиненого громадянського суспільства визначаються рівні його самоорганізації, особливо якісний стан суспільних зв'язків між індивідами та їх спільнотами, гарантованість реальних громадянських прав і свобод, самореалізація громадян. Водночас реальна практика доводить наявність серйозних проблем у налагодженні дієвого державно-громадського діалогу. На жаль, треба відзначити прагнення органів державної влади та їх посадових осіб формалізувати процес взаємодії з громадянським суспільством.

Саме інститути громадянського суспільства покликані забезпечити ефективний зв'язок між публічною владою, суспільством і кожним вільним індивідом. Наразі можемо виокремити такі найбільш прийнятні та дієві правові форми взаємодії держави та інститутів громадянського суспільства: участь інститутів громадянського суспільства в нормотворчій діяльності держави; участь інститутів громадянського суспільства у правозастосовній діяльності держави; участь інститутів громадянського суспільства у правоохоронній діяльності держави тощо.

Відзначимо, що зміст і характер взаємодії громадянського суспільства та органів державної влади детерміновані цілями залучення громадян до вирішення конкретних управлінських завдань. Відкритість і гласність органів державної влади і надалі є принциповим питанням демократизації сучасної України. У цьому значенні істотним у вдосконаленні державно-громадського діалогу є використання можливостей процесу інформатизації. У наукових оцінках відображенням впливу «інформаційної революції» на політичні відносини стали спроби обґрунтування феноменів так званої «електронної демократії» або «електронного громадянського суспільства». Останнє являє собою мережеву систему інтернет-комунікацій горизонтального (громадянин – громадянин; громадянин – громадянське об'єднання) і вертикального (громадянин – громадянське об'єднання – держава) рівнів. Потенціал інформаційних технологій може знайти широке застосування в рамках державної політики щодо розвитку громадських інститутів не тільки в

загальнонаціональному, а й у регіональному масштабі. Адже інтенсивний процес регіоналізації став наслідком демонтажу адміністративно-командної системи управління, зумовив принципове збільшення ролі інформаційних ресурсів і систем інформатизації в процесі децентралізації влади.

Рівноправний діалог влади і громадянського суспільства повинен забезпечувати передбачуваність рішень і дій держави, реальність обіцянок і послідовність їх здійснення, сприяти підвищенню рівня довіри громадян до держави, стимулювати її економічну і політичну активність. Натомість в Україні наявні основні проблеми розвитку громадянського суспільства, як наслідок: відсутній ефективний громадський контроль за діяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування; недостатньою є практика залучення громадськості до формування та реалізації державної політики і вирішення питань місцевого значення; благодійники не мають ефективних стимулів з боку держави; більшість організацій громадянського суспільства не має доступу до державної фінансової підтримки через її обмежений обсяг; недостатніми є стимули щодо здійснення організаціями громадянського суспільства підприємницької діяльності, спрямованої на вирішення соціальних проблем (соціальне підприємництво); відсутня єдина державна інформаційно-просвітницька політика у сфері сприяння розвитку громадянського суспільства.

У цьому контексті актуальною є реалізація Національної стратегії сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016–2020 роки (наразі йде підготовка проекту Національної стратегії сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2021 – 2026 роки), що дасть змогу поліпшити взаємодію органів державної влади, органів місцевого самоврядування з громадськістю; удосконалити чинне законодавство для реалізації громадських ініціатив, утворення та діяльності окремих видів організацій громадянського суспільства, розгляду та врахування громадських пропозицій органами державної влади, органами місцевого самоврядування; підвищити рівень гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу у сфері розвитку громадянського суспільства.

Метою реалізації Стратегії є створення сприятливих умов для розвитку громадської ініціативи та самоорганізації, формування та діяльності організацій (інститутів) громадянського суспільства, налагодження партнерської взаємодії між ними та органами державної влади, органами місцевого самоврядування, у тому числі для реалізації та захисту прав і свобод людини та громадянина, задоволення суспільних інтересів, забезпечення громадської участі у прийнятті та реалізації владних рішень. З іншого боку, громадянська активність має знаходити підтримку в рамках прогресивної і збалансованої державної політики. Її зміст може зводитися до визначення кількох пріоритетів вдосконалення форм державно-громадського діалогу.

По-перше, необхідні лібералізація державного контролю за громадськими об'єднаннями, а також надання сприятливого правового режиму щодо оподаткування та інших аспектів суспільної діяльності.

По-друге, розвиток і зміцнення інституту громадського контролю та моніторингу у всіх сферах державного і муніципального управління.

По-третє, крім розвитку суспільно-політичних ініціатив майданчиком державно-громадського діалогу можуть стати такі сфери, як місцеве самоврядування, благодійність і соціальна підтримка громадян, захист навколишнього середовища, вирішення завдань державної молодіжної політики тощо.

Отже, для ефективної державно-громадської взаємодії, враховуючи вдосконалення її форм і механізмів, потрібні фундаментальні інституційні передумови, зокрема високий рівень демократичних прав і свобод, підкріплені послідовною державною політикою, яка гарантує самоорганізацію громадян для відстоювання спільних інтересів і цілей. Крім того, зважаючи на недосконалість нормативно-правового забезпечення розвитку громадянського суспільства в Україні, потребує закріплення на конституційному рівні самого поняття «громадянське суспільство». Адже ця прогалина створює штучні бар'єри для реалізації

громадських ініціатив та врахування позиції громадськості з того чи іншого питання органами публічної влади та їх посадовими особами.

Література

1. Гелд Д. Моделі демократії. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. Київ: Смолоскип, 2005. С. 155–175.
2. Шумпетер Й. Елітарна демократія і теорія конкурентного лідерства. Демократія: Антологія / упоряд. О. Проценко. Київ: Смолоскип, 2005. С. 467–485.
3. Щедрова Г. П. Політична конкуренція еліт у сучасній Україні: монографія. Дніпро: Вид-во «Акцент ПП» 2016. 390 с.

Окремі питання адміністративної відповідальності за ст.41 Кодексу України про адміністративні правопорушення

Поляруш С.І., к.і.н., доцент

Центральноукраїнський державний педагогічний університет імені Володимира Винниченка

Юридична відповідальність у сфері трудових правовідносин є цікавою і злободенною темою. Особливої уваги заслуговує адміністративна відповідальність. Вона привертає увагу як науковців, так юристів-практиків вже не одне десятиліття. Доречним буде згадати роботи О. Бондаренко, Н. Дараганової, Т. Дракохруст, Ю. Кліменко, Л. Козятник, С. Кравцова, Г. Лисенко, М. Майоренко, А. Моти, Р. Обручкова, Л. Остапенко, В. Толочко, Л. Шульги та інші.

У Кодексі України про адміністративні правопорушення (КпАП) у ст. 41 передбачені стягнення за адміністративні правопорушення у трудовій сфері. Зокрема, у статті перелічені наступні правопорушення:

- порушення термінів виплати заробітної плати, чи виплата її не в повному обсязі;
- порушення терміну надання посадовими особами підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та фізичними особами – підприємцями працівникам, у тому числі колишнім, на їхню вимогу документів стосовно їх трудової діяльності на даному підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи – підприємця, необхідних для призначення пенсії (про стаж, заробітну плату тощо), визначеного Законом України "Про звернення громадян", або надання зазначених документів, що містять недостовірні дані;
- порушення терміну проведення атестації робочих місць за умовами праці та порядку її проведення, а також інші порушення вимог законодавства про працю;
- повторне протягом року вчинення порушення, передбаченого частиною першою цієї статті, за яке особу вже було піддано адміністративному стягненню, або ті самі діяння, вчинені щодо неповнолітнього, вагітної жінки, одинокого батька, матері або особи, яка їх замінює і виховує дитину віком до 14 років або дитину з інвалідністю;
- фактичний допуск працівника до роботи без оформлення трудового договору (контракту);
- допуск до роботи іноземця або особи без громадянства та осіб, стосовно яких прийнято рішення про оформлення документів для вирішення питання щодо надання статусу біженця, на умовах трудового договору (контракту) без дозволу на застосування праці іноземця або особи без громадянства;
- порушення вимог законодавчих та інших нормативних актів про охорону праці, крім порушення, передбаченого вище;
- порушення встановленого порядку повідомлення (надання інформації) центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони праці, про нещасний випадок на виробництві;

- порушення встановлених законом гарантій та пільг працівникам, які залучаються до виконання обов'язків, передбачених законами України "Про військовий обов'язок і військову службу", "Про альтернативну (невійськову) службу", "Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію" [1].

Об'єктом правопорушення є встановлений законодавством комплекс трудових прав громадян та прав на соціальний захист, що значно ширші від назви глави 5 КпАП „Адміністративні правопорушення в галузі охорони праці та здоров'я населення”. Що ж до об'єктивної сторони правопорушень, то вона проявляється через вчинення певних дій, зазначених у диспозиції статті. Суб'єктом правопорушення є посадові особи підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності; громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності; громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності, які використовують найману працю; фізичні особи, які не мають статусу підприємців та використовують найману працю; в конкретних, вказаних у статті випадках, – працівники. Саме вони несуть відповідальність за вчинені діяння. Іншою стороною, яка застосовує санкції до правопорушників, є органи нагляду і контролю за додержанням законодавства про працю. Суб'єктивна сторона проявляється у вчиненні правопорушення як з умислу, так і з необережності.

Основною санкцією цієї статті є штраф, розмір якого вар'юється від чотирьох до 2 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (17 грн. – один НМДГ) в залежності від правового статусу правопорушника та ступеня суспільної шкідливості проступку та виду правопорушення.

У Кодексі законів про працю України (КЗпП) у ст. 265 перераховані наступні правопорушення:

- фактичний допуск працівника до роботи без оформлення трудового договору;
- повторне вчинення порушення, передбаченого абзацом другим цієї частини, протягом двох років з дня виявлення порушення;
- фактичне виконання роботи як за повний робочий час при оформленні працівника на неповний робочий час;
- виплата зарплати без нарахування та виплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та податків;
- порушення строків виплати заробітної плати працівникам, інших виплат більш як за один місяць, виплати їх у неповному обсязі;
- недотримання мінімальних державних гарантій в оплаті праці;
- недотримання встановлених законом гарантій і пільг працівникам, які підпадають під дію Законів України "Про військовий обов'язок і військову службу", "Про альтернативну (невійськову) службу", "Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію";
- недопущення до проведення перевірки з питань додержання законодавства про працю, створення перешкод у її проведенні;
- порушення інших вимог трудового законодавства [2].

Неозброєним оком видно, що частина зазначених у ст. 41 КпАП та ст. 265 КЗпП правопорушень збігаються, а ось санкції різні. У ст. 265 КЗпП зазначений штраф від однієї мінімальної зарплати, встановленої законом на момент виявлення порушення, до 30 таких мінімальних зарплат. У той же час, до юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, які використовують найману працю та є платниками єдиного податку першої – третьої груп, за недотримання встановлених законом гарантій і пільг працівникам, які підпадають під дію Законів України "Про військовий обов'язок і військову службу", "Про альтернативну (невійськову) службу", "Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію" застосовується попередження. Зазначимо також, що у цій же статті відмічено, що у разі сплати юридичною особою або фізичною особою – підприємцем, яка використовує найману працю, 50 відсотків розміру штрафу протягом 10 банківських днів з дня вручення постанови про накладення штрафу за порушення вимог законодавства про працю, передбаченого цією статтею, така постанова вважається виконаною.

Крім того, допуск працівника до роботи без оформлення трудового договору, є підставою для притягнення до відповідальності фізичної особи-підприємця. У такому випадку на підставі абзацу другої частини другої ст. 265 КЗпП та частини третьої ст. 41 КпАП можуть збігатися суб'єкт відповідальності та вид правопорушення. Детальну відповідь щодо розв'язання вказаної проблеми дала Об'єднана палата Верховного Суду, яка сформулировала власний правовий висновок відповідно до якого:

– штрафи передбаченні статтею 265 Кодексу законів про працю України є заходами фінансової відповідальності, підстав відносити їх до заходів адміністративної відповідальності немає;

– фізична особа – підприємець, яка використовує найману працю, не може бути одночасно притягнута до відповідальності за частиною другою статті 265 Кодексу законів про працю України та частиною третьою статті 41 Кодексу України про адміністративне правопорушення в частині допуску працівника до роботи без оформлення трудового договору у зв'язку з порушенням принципу „non bis in idem” як складового елементу принципу верховенства права [3].

Здійснює перевірки і виявляє вказані правопорушення Державна служба з питань праці, яка керується з 2020 р. Постановою № 1132 Кабінету Міністрів України "Про внесення змін до Порядку здійснення державного контролю за додержанням законодавства про працю", де прописано порядок організації та проведення інспекційних відвідувань [4]. Контроль щодо неоформлених працівників та оплати праці здійснюють інспектори органів місцевого самоврядування.

За вказаною Постановою значно розширилося коло органів та осіб, які можуть ініціювати такі перевірки. Поряд із існуючими підставами перевірки (звернення працівника; фізичної особи, стосовно якої порушено правила оформлення трудових відносин; рішення керівника Держпраці з приводу неоформлених трудових відносин; рішення суду; повідомлення посадових осіб органів державного нагляду (контролю), правоохоронних органів про виявлені в ході виконання ними повноважень ознак порушення законодавства про працю щодо неоформлення та/або порушення порядку оформлення трудових відносин; інформація Держслужби статистики про заборгованість із виплати зарплати; інформація Державної фіскальної служби України, Пенсійного фонду України (ПФУ); звернення профспілкового органу), з'явилися нові підстави (доручення Прем'єр-міністра України; звернення Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; за запитом народного депутата; у разі невиконання вимог припису інспектора Держпраці). Особливо детально прописані підозрілі дії роботодавців, за якими ПФУ ініціює перевірки органами Держпраці: роботодавців, які нараховують заробітну плату 30 і більше відсоткам працівників менше мінімальної (раніше чіткої межі не було); роботодавців, в яких стосовно працівників відсутнє повідомлення про прийняття на роботу; роботодавців, в яких протягом місяця кількість працівників, що працюють на умовах неповного робочого часу, збільшилася на 20 і більше відсотків; фізичних осіб, які виконують роботи (надають послуги) за цивільно-правовими договорами в одного роботодавця більше року; роботодавців, в яких стосовно працівників відсутні нарахування заробітної плати у звітному місяці, що завершився; роботодавців, в яких протягом року не проводилася індексація заробітної плати або сума підвищення заробітної плати становить менше суми нарахованої індексації; роботодавців, в яких 30 і більше відсотків фізичних осіб працюють на умовах цивільно-правових договорів; роботодавців із чисельністю 20 і більше працівників, в яких протягом місяця відбулося скорочення на 10 і більше відсотків працівників.

Тривалість перевірок уніфіковано: не більше десяти робочих днів. Хоча, цей строк дещо суперечить нормам п. 5 ст. 5 Закону України „Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності” [5]. За ними строк здійснення планового заходу не може перевищувати десяти робочих днів, а щодо суб'єктів мікро-, малого підприємництва – п'яти робочих днів. І подовження строку здійснення такої перевірки не допускається.

Процедура накладення штрафів за порушення законодавства про працю регулюється „Порядком накладення штрафів за порушення законодавства про працю та зайнятість

населення” [6]. Вказаний порядок регулює питання накладення штрафів за ст. 265 КЗпП, які є фінансовими санкціями.

Що ж стосується накладення адміністративних санкцій, то процедурні питання у КпАП розроблені слабо. За статтею 255 КпАП складати протоколи про адміністративні правопорушення мають право уповноважені на те посадові особи центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, тобто Головою Держпраці, його заступниками, керівниками територіальних органів Держпраці та їх заступниками (за „Порядком накладення штрафів...”). Процедурні питання та зразок оформлення адміністративного протоколу для служби Держпраці відсутні у підзаконних актах цієї служби. Є лише „Роз’яснення щодо повноважень з питань контролю за додержанням законодавства про працю”, де зазначено, що у разі виявлення порушень, що містять ознаки адміністративного правопорушення (частини перша – четверта статті 41 Кодексу України про адміністративні правопорушення) складається протокол про адміністративне правопорушення, до якого додаються копії акта перевірки та підтверджуючих документів. Протокол із додатками направляється до місцевого суду за місцем вчинення правопорушення із супровідним листом за підписом голови міської ради міста обласного значення, сільської, селищної, міської ради об’єднаних територіальних громад (далі – керівник органу контролю) із проханням повідомити про прийняте рішення [7]. Досвід розгляду справ про адміністративні правопорушення показує, що справи часто закриваються через типові помилки: неправильне визначення суб’єкта правопорушення, неправильно складений протокол про адміністративні правопорушення, порушення строків звернення, слабка доказова база.

Усе це змушує уповноважених осіб Держпраці при виборі санкцій, що можна застосовувати до правопорушника між статтями 265 КЗпП України та 41 КпАП, звичайно, схилитися до фінансових санкцій Кодексу законів про працю України.

Таким чином, варто було б чітко розмежувати сфери застосування ст. 41 КпАП та ст. 265 КЗпП та детально прописати у підзаконних актах процесуальні норми використання ст. 41 КпАП на практиці.

Література

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення: прийнятий Верховною Радою УРСР 7 грудня 1984 р. № 8074-10. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення: 04.08.2021 р.).
2. Кодекс законів про працю України: прийнятий Верховною Радою УРСР 10 грудня 1971 р. № 322-УІІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text> (дата звернення: 09.08.2021 р.).
3. Постанова Верховного Суду України у справі №260/1743/19 адміністративне провадження № К/9901/18177/20 від 22 грудня 2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93708687> (дата звернення: 10.08.2021 р.).
4. Про внесення змін до Порядку здійснення державного контролю за додержанням законодавства про працю: Постанова Кабінету Міністрів України від 4 грудня 2019 р. № 1132. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1132-2019-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021 р.).
5. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 5 квітня 2007 р. № 877-У. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-16#Text> (дата звернення: 11.08.2021 р.).
6. Про затвердження Порядку накладення штрафів за порушення законодавства про працю та зайнятість населення: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2013 р. № 509. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/509-2013-%D0%BF#Text> (дата звернення: 11.08.2021 р.).
7. Роз’яснення щодо повноважень з питань контролю за додержанням законодавства про працю: Роз’яснення Державної служби України з питань праці від 19

вересня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001880-17#Text> (дата звернення 12.08.2021 р.).

Розмежування адміністративної та кримінальної відповідальності за незаконне переміщення предметів через митний кордон України

*Приймаченко Д.В., д.ю.н., професор
Університет митної справи та фінансів*

Після прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» [1], кримінальна відповідальність настає лише за переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї або боєприпасів (крім гладкоствольної мисливської зброї або бойових припасів до неї), частин вогнепальної нарізної зброї, а також спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації (ст. 201 Кримінального кодексу України (далі – КК України) [2]). При цьому «товари у великих розмірах» та «стратегічно важливі сировинні товари» як предмет контрабанди були вилучені з диспозиції статті 201 КК України із одночасним встановленням за такі дії адміністративної відповідальності у статтях 351 та 352 Митного кодексу України (далі – МК України) в редакції 2002 року (наразі така відповідальність передбачена статтями 482, 483 чинного МК України [3]). Після внесення низки змін до КК України до предметів контрабанди, включаючи предмети, передбачені ст. 201, на сьогодні належать: лісоматеріали або пиломатеріали цінних і рідкісних порід дерев, лісоматеріали необроблені, інші лісоматеріали, заборонені до вивезення за межі митної території України (ст. 201-1 КК України); наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги чи прекурсори або фальсифіковані лікарські засоби (ст. 305 КК України). Фактично незаконні діяння пов'язані із здійсненням товарної контрабанди були декриміналізовані.

Разом з тим, такі зміни у законодавстві на практиці призвели до очевидних негативних явищ, зокрема, значного зростання проявів переміщення та дії, спрямованих на переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю та поза митним контролем – зокрема, підакцизних та інших товарів. Так, за даними дослідження групи експертів Ukraine Economic Outlook, обсяги контрабанди, що впали у 2014-2015 роках, почали стрімко зростати з 2016-го. У 2018 році обсяг тіншового імпорту товарів в Україну досяг \$11,9 млрд. У 2021-му оборот може перевищити \$17,2 млрд. [4].

Незаконне переміщення товарів та інших предметів через митний кордон України має вкрай негативний економічний аспект, що проявляється, зокрема, у недоотриманні у повному обсязі надходжень до Державного бюджету України, стимулюванні ведення недобросовісної конкуренції, що у свою чергу негативно впливає на розвиток національної економіки та створює загрозу економічній та соціальній безпеці України, а також потраплянні на внутрішній ринок продукції неналежної якості, що вкрай негативно впливає на здоров'я громадян.

Так, наприклад, протягом 2019 року митними органами запроваджено 29 328 справ про порушення митних правил на загальну суму 2202, 16 млн. грн. За фактами виявлення правопорушень в яких безпосередніми предметами є підакцизні товари (крім електричної енергії), відповідальність за які передбачена статтею 482 МК України (переміщення товарів поза митним контролем) та статтею 483 МК України (переміщення товарів з приховуванням від митного контролю) складено 917 протоколів про порушення митних правил (3,1%) на суму 271,1 млн. грн. (12,3 %). За цей період на розгляд до судів скеровано 984 справи зазначеної категорії на суму 348,22 млн. грн., за результатами розгляду яких, судами прийнято рішення про накладення штрафу в 788 справах (80 %) на суму 40,46 млн. грн. (11,6 %) та застосовано конфіскацію в 765 випадках (77,7 %) на суму 39,56 млн. грн. (11,4 %). Разом із тим, за результатами розгляду 126 справ (12,8 %), на суму 142,96 млн. грн. (41 %)

судами прийнято рішення про закриття справ, в переважній більшості на підставі відсутності складу правопорушення, в тому числі через недоведення окремих елементів складу правопорушення [5].

Водночас, за інформацією Державної казначейської служби України, станом за січень-грудень 2020 року, надходження з митних платежів склали 296 959,2 млн гривень, що на 28 511,8 млн гривень нижче за план, встановлений Законом України “Про Державний бюджет України на 2020 рік” (з урахуванням змін), та на 22 907,5 млн гривень нижче за фактичні надходження станом за січень-грудень 2021 року [6].

Констатуємо той факт, що за останній рік зріс рівень незаконного переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю та поза митним контролем (як підакцизних товарів, так й інших).

Проблематика юридичної кваліфікації діянь, пов'язаних із переміщенням та діями, спрямованими на переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю та поза митним контролем та розмежуванням адміністративної та кримінальної відповідальності за ці діяння залишається актуальною як для представників сфери правозастосування, так і наукової спільноти та громадськості [7]. Останнім часом дискусії не тільки активізувалися, а й мали конкретний формалізований прояв у відповідних законопроектах [8].

Наразі можемо стверджувати, що численні пропозиції щодо кваліфікації досліджуваних неправомірних діянь, можемо угрупувати на наступні групи:

1. Криміналізувати незаконне переміщення через митний кордон будь-яких товарів, вчинене у значних обсягах, встановивши мінімальний обсяг такої контрабанди, при перевищенні якого починається кримінальна відповідальність

2. Криміналізувати незаконне переміщення тільки підакцизних товарів (тютюнових та алкогольних виробів, палива) із встановленням мінімальних обсягів, при перевищенні яких починається кримінальна відповідальність.

3. Криміналізувати незаконне переміщення через митний кордон товарів, вчинене у значних обсягах, встановивши кримінальну відповідальність у вигляді фінансових санкцій та інших видів покарань без позбавлення волі.

4. Залишити ситуацію в такому вигляді, як є, тобто осіб, винних за переміщення або дії, спрямовані на переміщення товарів, транспортних засобів комерційного призначення через митний кордон України поза митним контролем чи з приховуванням від митного контролю (ст. 482, 483 МК України) притягати до адміністративної відповідальності.

Враховуючи викладене, вважаємо, що наявна адміністративна відповідальність за незаконне переміщення товарів через митний кордон України має недостатній превентивний ефект. Саме тому пропонуємо внести зміни в ст. 201 КК України, встановити кримінальну відповідальність у вигляді фінансових санкцій та інших видів покарань без позбавлення волі за незаконне переміщення та дії, спрямовані на переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю та поза митним контролем, не лише підакцизних товарів, але й будь-яких інших товарів, якщо такі діяння вчиняються у великих розмірах та особливо великих розмірах.

При цьому під великим розміром пропонуємо встановити вчинення контрабанди товарів, якщо їх вартість у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а під особливо великим розміром – якщо вартість таких товарів у п'ять тисяч і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Разом із тим, для уникнення застосування подвійної (адміністративної та кримінальної) відповідальності за вчинення одних й тих самих правопорушень з незаконного переміщення та дії, спрямованих на переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю та поза митним контролем, цим законопроектом пропонується внести зміни до ст. 482, 483 МК України та встановити, що адміністративна відповідальність настає лише у випадку, якщо такі правопорушення вчинені щодо товарів, вартість яких становить до тисячі мінімумів доходів громадян.

Вважаємо, що внесення відповідних змін до КК України та МК України по-перше, забезпечить зменшення кількості порушень правил переміщення товарів через митний кордон України; по-друге, сприятиме припиненню схем незаконного переміщення товарів, що матиме позитивний вплив на розвиток національної економіки; по-третє, забезпечить розмежування адміністративної та кримінальної відповідальності за переміщення та дії, спрямовані на переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю та поза митним контролем.

Література

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності: Закон України від 15 листопада 2011 року № 4025-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 25. ст. 263.
2. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001, № 25-26. ст. 131.
3. Митний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 44-45, № 46-47, № 48, ст. 552.
4. Кукуруза Г., Ніколаєнко С., Лесик М. Аналіз обсягів контрабанди в Україні: масштаби, прямі / непрямі втрати бюджету та економіки. URL: <https://cutt.ly/eWyO3iN>
5. Державна митна служба України. Звіт про виконання Плану роботи Держмитслужби України. URL: <https://customs.gov.ua/plani-ta-zviti-roboti>; Судова влада України. Судова статистика. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/; Судова влада України Реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/>
6. Державна казначейська служба України. Інформація: виконання Держбюджету України за доходами, надходження до місцевих бюджетів та ЄСВ. URL: <https://www.treasury.gov.ua/ua/file-storage/2021-2>.
7. Найденко О. Є., Резнікова Є. С. Боротьба з контрабандою як один із методів забезпечення митної безпеки держави. *Modern Economics*. 2019. № 17(2019). С. 172-176.; Громадська ініціатива «За чесну та прозору митницю». Аналітично-консультативна робота «Чи потрібна криміналізація товарної контрабанди?» URL: http://www.ier.com.ua/ua/publications/consultancy_work?pid=6423; Саварець А. Кримінально некарана контрабанда URL: <https://cost.ua/762-kryminalno-nekarana-kontrabanda/>
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо криміналізації незаконного переміщення підакцизних товарів: проект Закону № 4556 від 29.12.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70770; Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо криміналізації переміщення та дій, спрямованих на переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю та поза митним контролем: проект Закону 4556-1 від 18.01.2021 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70840

Контроль та нагляд як інструментарій забезпечення законності в публічному адмініструванні

Пустовіт Ю.Ю., к.ю.н.

Запотоцька О.В., д.ю.н., доцентка

Київський національний торговельно-економічний університет

Складний історичний період в якому перебуває Україна обумовлює пошук нових шляхів до формування держави європейського рівня. Етап становлення демократичних засад в українському суспільстві полягає в реформуванні влади та державного управління. Постійна гармонізація принципів, інструментів, форм та методів локального, територіального та центрального управління є сучасним процесом реформування державного управління, яке обумовлене становленням відкритої адміністративної системи. Також

інститут делегування повноважень здобув власного розвитку, відповідно до феномену делегованого управління як імперативу загальної політики в рамках Європейського Союзу.

Одним з важливих політико-правових явищ, яке є критерієм правового життя суспільства є законність. У найбільш загальному вигляді законність відображає правовий характер організації суспільного життя, органічний зв'язок права і влади, права і держави. Законність повинна бути гарантована не лише державою, але й іншими суб'єктами суспільних відносин.

В юридичній літературі залежно від змісту, характеру, особливостей застосування, юридичних наслідків розрізняють такі способи забезпечення законності: контроль, нагляд, звернення до державних органів із заявами, пропозиціями, скаргами з питань забезпечення законності.

Ретельний аналіз юридичної літератури дає нам змогу дійти висновку, що принципового розмежування між поняттями «контроль» та «нагляд» у контексті державно-правової діяльності вчені-юристи не здійснюють або, можна сказати, не акцентують на цьому уваги, не вважають принциповим.

У Великому юридичному словнику «нагляд» визначається як «контроль, що здійснюється», вказується на існування «судового нагляду», але пишеться, що судову владу характеризує наявність «контрольних повноважень» [1, с. 6].

В роботах інших вчених контроль вважається ширшим за нагляд, тобто нагляд розглядається цими вченими як окремий елемент контролю, як звужений контроль, але звужений лише в одному аспекті – відносно меж його застосування [2]. Нагляд має більшу сферу застосування.

У сфері соціального управління контроль визначається як спостереження і перевірка відповідності процесу функціонування об'єкта прийнятним управлінським рішенням та виявлення результатів впливу суб'єкта на об'єкт, допущених відхилень від вимог управлінських рішень, від принципів організації і регулювання, причому потрібно забезпечити спрямованість контролю на своєчасне і повне виявлення відхилень від норми функціонування, встановлення місць їхнього виникнення, причин і винних виконавців, надання допомоги для подолання недоліків, своєчасне виявлення та розкриття нових назрілих проблем, а також узагальнення передового досвіду [3].

Багато довідкових джерел визначають контроль як спостереження або нагляд з метою перевірки. Отже, поняття «контроль» можна розглядати як систему спостереження і перевірки процесу функціонування і фактичного стану певного об'єкта з метою оцінки обґрунтованості та ефективності прийняття управлінських рішень і результатів їх виконання, виявлення відхилень від вимог, сформульованих у цих рішеннях, усунення несприятливих наслідків їх виконання та інформування про них компетентні органи [4].

У деяких словниках, контроль – це не просто спостереження, а нагляд над чимось з метою перевірки, вказуючи на те, що пильний контроль є за змістом синонімічним терміну нагляд, а в деяких словниках навіть уточнюється, про яке саме спостереження йдеться: систематичне організоване спостереження, нагляд з метою перевірки, перевірка, спостереження для встановлення відповідності чого-небудь певним вимогам, спостереження з метою перевірки або нагляду, перевірка, а також постійне спостереження з метою перевірки або нагляду.

Однак хочемо звернути увагу на той факт, що юридична література містить посилання і на відмінність термінів «нагляд» та «контроль», але прослідковується суперечність у коментарях тих науковців, які вказують на розбіжність зазначених термінів. Так, існує точка зору, що в залежності від обсягу контролю розрізняють власне контроль, у процесі котрого перевіряється законність та доцільність діяльності, та нагляд, котрий обмежується тільки перевіркою законності, при цьому втручання в оперативно-господарчу діяльність піднаглядного об'єкта не є допустимим, тобто нагляд – діяльність лише щодо забезпечення законності.

При здійсненні адміністративного нагляду проводиться попередження, виявлення та припинення порушень обов'язкових вимог, а також в рамках адміністративно-юрисдикційної

діяльності наглядових органів – притягнення винних до адміністративної відповідальності. Розкриття злочинів, притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності здійснюються в рамках правоохоронної функції держави іншими органами державної влади. Підсумовуючи все вище викладене, вважаємо за необхідне виділити їх завершальний етап та кінцеву мету: – при контролі – виявлення та вжиття заходів щодо добровільно-примусового усунення виявлених відхилень в діяльності підконтрольного об'єкта з метою дотримання ним законності, доцільності та підвищення ефективності його діяльності; – при нагляді (адміністративному, а також банківському, технічному та іншому) – виявлення порушень обов'язкових вимог та застосування державно-примусових заходів, як правило, адміністративно-правового характеру у вигляді попередження, припинення, відновлення та покарання щодо дотримання законності діяльності піднаглядних об'єктів. Таким чином, результатами контролю шляхом подолання виявлених відхилень діяльності підконтрольного об'єкта стають: – усунення (коригування) виявлених недоліків; – оцінка ефективності діяльності підконтрольних об'єктів; – забезпечення збереження та сталого розвитку досягнутих результатів; – вжиття дієвих заходів щодо своєчасного інформування відповідних правоохоронних органів про порушення підконтрольним об'єктом адміністративного та кримінального законодавства. Отже, мова йде головним чином про позитивну складову державного контролю для підконтрольного об'єкта. Негативна складова проявляється лише в разі виявлення порушень норм закону та підзаконних актів, які підпадають під адміністративну або кримінальну відповідальність, та виражається в прийнятті дієвих заходів щодо своєчасного інформування відповідних правоохоронних органів. Адміністративний нагляд не втручається у внутрішньоорганізаційні відносини, не оцінює ефективність та результативність діяльності підконтрольного об'єкта, не пропонує заходи щодо коригування (усунення) виявлених порушень обов'язкових вимог та в цьому сенсі є лише частиною державного контролю, яка націлена на виявлення порушень норм законів та підзаконних нормативних актів та подальше застосування заходів державного примусу. При цьому якщо порушення підпадає під адміністративну відповідальність, органи адміністративного нагляду в повній мірі здійснюють адміністративно-наглядову діяльність. Іншими словами, мова йде про юрисдикційну, правоохоронну складову з негативними наслідками для піднаглядного об'єкта та в цьому сенсі органам адміністративного нагляду, на відміну від органів контролю, притаманні владні юрисдикційні повноваження по розгляду справ про адміністративні правопорушення та притягнення порушників закону до адміністративної відповідальності. Таким чином, адміністративний нагляд поєднує в собі частину контрольної діяльності та в повній мірі адміністративно-юрисдикційну діяльність. Суб'єктами державного контролю (нагляду) можуть виступати не тільки органи виконавчої влади, а й інші органи та організації публічного управління, які наділені або яким делеговано повноваження щодо здійснення контрольної-наглядової діяльності. У чинних нормативних правових актах по суті поняття «державний контроль» та «адміністративний нагляд» ототожнюються, принципи відмінності між ними нормативно не встановлені [5].

В свою чергу державний контроль та нагляд є невід'ємною функцією державного управління та направлені на досягнення цілей управління, вирішення завдань, які виникають перед державою.

Також на наш погляд, цікавим є термін «соціальний контроль» на зазначеному словосполученні зосереджують увагу багато науковців. Загалом «соціальний контроль» можна розуміти як сукупність процесів у соціальній системі, за допомогою яких забезпечуються визначені «зразки» діяльності, а також дотримання обмежень у поведінці, порушення яких негативно позначиться на функціонуванні системи, отже поняття «соціальний контроль» втілює собою процеси в соціальній системі (соціальній групі, суспільстві загалом), що забезпечують її сталість і управління людьми, які входять до неї, а також управління групами та інституціями. Як головний механізм соціального контролю можна виділити соціальні санкції – позитивні, що стимулюють схвалені групою відхилення від норми, і негативні, що репресують небажані відхилення. Соціальний контроль забезпечує

таку організацію громадського життя, в якій однотипне поведіння членів соціуму відповідає їх взаємним потребам.

Контроль – це сукупність різних за формою дій, що здійснюються суб'єктами контролю за поведінкою людей (власного поведінкою), відносинами, які виникають у суспільстві, або для встановлення будь-яких наукових та інших пізнавальних цілей при дослідженні об'єктів матеріального світу. Під час здійснення контролю суб'єкт контролю здійснює перевірку і облік того, як контрольований об'єкт виконує покладені на нього завдання та реалізує свої функції. Контроль використовується для перевірки відповідальності діяльності учасників суспільних відносин встановленим приписам, у межах і межах яких вони мають діяти і є одним із найважливіших елементів державного управління та основним засобом забезпечення законності й дисципліни в ньому [6].

Можна виділити ще одну точку зору, яка також вказує на розрізнення «контролю» і «нагляду». Контроль припускає, що орган, який контролює, може відмінити акти підконтрольного органу, а нагляд пов'язується з можливістю наглядового органу лише звертати увагу піднаглядного органу на ті його, порушення, які він виправляє сам чи їх виправляє орган вищого підпорядкування [7].

Також, дуже розповсюдженою є думка про співвідношення державного контролю та нагляду як цілого та його виокремленої частини. «Поняття державного контролю, – зазначає А. Калмиков, – є більш широким, аніж поняття нагляду, і має свої, специфічні ознаки. Органи, що здійснюють державний контроль, наділені більш широкими повноваженнями, що передбачають перевірку стану справ підконтрольного об'єкта не тільки з погляду законності, але й доцільності прийнятих рішень. Більше того, контрольні органи мають право втручатися в господарську, виробничу діяльність організації, застосовуючи заходи адміністративного впливу» [8, с. 26].

Підсумовуючи можна сказати, що науковці єдині в тому – контроль і нагляд мають на меті стримування об'єкта діяльності від здійснення протиправних діянь, спрямовані на регулювання його діяльності. Відмінності змістовні є незначні оскільки зводяться до перевірки та спостереження діяльності об'єкта, відрізняючись лише в де-яких методах його здійснення.

Отже, відтак можна зробити висновок, що контроль і нагляд як окремі елементи єдиної системи контролю являють собою комплекс правових, організаційних, інформаційно-інспекційних заходів, що проводяться уповноваженими органами влади (органами владних повноважень) для виявлення, припинення та запобігання порушень правил здійснення суб'єктами господарювання з метою забезпечення якісної та безпечної діяльності, захисту інтересів осіб, суспільства й держави, безпеки навколишнього природного середовища. Все вище викладене існує відповідно до Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», тобто на загальних засадах й умовах здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності в Україні.

Враховуючи все вище викладене, можемо в нашому дослідженні підсумувати, що використання термінів «контроль» і «нагляд» як синонімів є дуже поширеним явищем. Поняття контролю і нагляду в сучасній теорії, законодавстві та практиці не розділені. В юридичній літературі іноді звертається увага на відмінні риси термінів «контроль» і «нагляд», але у коментарях науковців, які вказують на відмінність зазначених термінів, часто спостерігаються внутрішні протиріччя.

Література

1. Большой юридический словарь. Москва : ИНФРА-М, 1998. 790 с.
2. Вітвіцький С.С. Співвідношення термінів «контроль» та «нагляд»: проблеми теорії, аналіз законодавства. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.:Юриспруденція*. 2014. № 12. Том 1. С. 93-96.
3. Середа В.В., Кісіль З.Р., Кісіль Р.В. Адміністративне право : навчальний посібник. Львів : ЛьвДУВС, 2014. 520 с.

4. Горбова Н.А. Природа державного контролю (нагляду) та генезис його законодавчого визначення. *Право та державне управління*. 2019. № 1(34). Том 1. С. 37-42.
5. Гаращук В. М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Х., 2003. 35 с.
6. Лютіков П.С. Державний контроль у галузі чорної металургії в Україні: деякі проблемні аспекти доктринального дослідження та нормативного регулювання. *Митна справа*. 2008. № 2. С. 110–114.
7. Якимець Ю.В. Контроль і нагляд як засоби публічного адміністрування сфери культури. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2011. № 2 (2). С. 61–68. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2011_2%282%29__8.
8. Калмыков А.В. Совершенствование правового статуса федеральных контрольнонадзорных органов в условиях административной реформы. *Журнал российского права*. 2004. № 8.

Про удосконалення системи адміністративних установ в Україні: структурно-функціональний аспект

Пухтецька А.А., д.ю.н., доцентка

Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Актуальність дослідження системи адміністративних установ та її розвитку в умовах новітніх децентралізаційних процесів в Україні набуває важливого значення з огляду на оновлення диференціації функцій виконавчої влади, удосконалення розподілу компетенції між адміністративними органами центрального, регіонального та локального рівнів. Адміністративні установи в Україні динамічно розвиваються та переглядаються засади їх адміністративно-правового статусу, у т.ч. з урахуванням європейських вимог щодо фіксації компетенції, мінімальних стандартів захисту прав громадян в сфері виконавчої влади, забезпечення оскарження недійсних та нікчемних адміністративних актів. Проте, до цього часу в чинному законодавстві України не відбулося закріплення вимог щодо фіксації компетенції адміністративних установ на рівні закону, тому досі низка центральних органів виконавчої влади потребують перегляду законодавчих засад їх адміністративної діяльності.

Система адміністративних установ в Україні традиційно формується з урахуванням владної вертикалі та системних змін згори, відповідними президентськими ініціативами, що видозмінюють якісну палітру організації виконавчої влади загалом. Проте європейський досвід організації виконавчої влади надає вагомі аргументи значного посилення компетенції адміністративних органів місцевого рівня – органів локальної адміністрації, саме через щоденну задіяність означених адміністративних установ у щоденному обслуговуванні інтересів громадян, що мають особливе значення та є пріоритетом зовнішньої діяльності органів європейської адміністрації. Натомість в Україні переважає державницька теорія, так званого делегованого виконання повноважень на місцевому рівні, похідного від функцій центральних органів виконавчої влади, що свідчить про значні централізовані традиції управлінських відносин. Звісно, слід висловити пропозиції щодо доцільності визнання на рівні нового Закону України «Про організацію та діяльність публічної адміністрації» самостійного, незалежного адміністративно-правового статусу адміністративних установ локального рівня з належною виключно їм, а не делегованою в порядку владного розпорядництва згори, повноважень, спрямованих на забезпечення реалізації та захисту прав громадян в сфері виконавчої влади.

Окремі пропозиції слід висловити щодо удосконалення закріплення на рівні пропонованого закону стандартів адміністративної діяльності адміністративних установ центрального, регіонального та локального рівнів, для чого комплексно закріпити вимог належного урядування та належної адміністрації у формі матеріальних та процедурних стандартів діяльності адміністративних установ (органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх представників, а також посередників, що можуть бути уповноважені

представляти та виконувати окремі повноваження адміністративних установ на підставі закону або адміністративного договору).

Також слід уточнити, що класичне поняття системи органів виконавчої влади також потребує критичного перегляду та внесення нових дефініцій на рівень доктринального обговорення та перспективного нормативного закріплення для цілей наближення адміністративно-правового регулювання інституційного аспекту адміністративного законодавства України, йдеться, насамперед, про дефініції «адміністративний орган», «адміністративна установа», «адміністративне представництво», «центр взаємодії адміністративних органів», «фронт-офіс адміністративного органу» тощо.

Окремо слід звернути увагу на розвиток нових самостійних видів адміністративних установ на регіональному рівні та локальному рівні, адже центральний рівень вже зазнав значних перетворень впродовж останніх десяти років, які також потребують критичної оцінки та висловлення пропозицій щодо удосконалення групіфікації функцій виконавчої влади з урахуванням сервісних та управлінських функцій.

Функції адміністративних установ та їх структури постійно оновлюються, тому необхідно висловити пропозиції щодо ведення державного реєстру функцій (повноважень) адміністративних установ, що вже реалізовано низкою європейських країн для ефективного обліку відповідних функцій, повноважень адміністративних установ, їх взаємозв'язку з реєстром посад державної служби, що дозволить своєчасно створити кадровий резерв та забезпечити на практиці реалізацію повноважень існуючих та новостворюваних адміністративних органів.

Висновки. Розвиток системи адміністративних установ в Україні свідчить про вплив політичних, правових чинників на її формування та розвитку. Адміністративні установи потребують нормативного закріплення та класифікації на рівні самостійного закону з метою окреслення нових видів організації адміністративних органів у складних видах взаємодії органів публічної адміністрації з зовнішніми суб'єктами з приводу реалізації публічних політик. Забезпечення реалізації та захисту прав приватних осіб.

Література

1. Адміністративне право України: Академічний курс : підруч.: у двох томах: Том 1. Загальна частина / ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова) та ін. К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. 592 с.
2. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право / [В. Б. Авер'янов, В. А. Дерещ, А. М. Школик та ін.] ; за заг. ред. В. Б. Авер'янова. К. : Юстініан, 2007. 288 с.
3. Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 23 березня 2020 р. № 238. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/238-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 01 вересня 2021 р.)
4. Деякі питання оптимізації мережі та функціонування центрів надання адміністративних послуг: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 254-р від 17 березня 2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254-2021-%D1%80#Text> (дата звернення: 01 вересня 2021 р.)
5. Деякі питання оптимізації системи центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України № 1344 від 28 грудня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1344-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 01 вересня 2021 р.)
6. Деякі питання оптимізації системи центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 27 травня 2020 р. № 425. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/425-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 01 вересня 2021 р.)
7. Пухтецька А.А. Принципи адміністративного права: адміністративно-правові та євроінтеграційні аспекти оновлення змісту та практики застосування: монографія. Харків: ПП Панов, 2016. 434 с.

Вітчизняне законодавство щодо запобігання та протидії дискримінації: сучасний стан і перспективи

Рябовол Л.Т., д.пед.н., професорка

*Центральноукраїнський державний педагогічний університет
імені Володимира Винниченка*

Основне положення Конституції України, яке закладає основу вітчизняного антидискримінаційного законодавства, це – конституційний принцип, закріплений у ст. 3, згідно з яким, «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави». Істотним є значення і наступних конституційних приписів: «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах» (ст. 21); «Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» (ст. 24) [2]. Як видно з наведених норм, в Основному Законі не використовується термін «дискримінація», однак, прямо вказується на недопустимість привілеїв та обмежень.

Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» визначає організаційно-правові засади запобігання та протидії дискримінації з метою забезпечення рівних можливостей щодо реалізації прав і свобод людини та громадянина. Слід зазначити, що вітчизняні акти у сфері запобігання та протидії дискримінації значною мірою узгоджені з міжнародними, закріплюють відповідні цінності, зокрема повагу до прав людини і принцип недискримінації, проте, експерти висувують до них і деякі зауваження. Так, експерти незалежної міжнародної організації «The Equal Rights Trust», метою якої є протидія дискримінації та просування рівності як засадничого права людини та основного принципу соціальної справедливості, позначили згаданий вище Закон як «стислий рамковий», прийнятий «з метою дотримання одного з критеріїв, викладених у Плані дій з лібералізації візового режиму Україна-ЄС». Вони констатували, що початково цей Закон не враховував зауваження ЄС, експертів РЄ та міжнародних й українських неурядових організацій і містив певні прогалини й недоліки, на які власне й було вказано експертами. У 2014 році в нього були внесені суттєві зміни, однак, окремі зауваження в експертному середовищі залишилися [1, с. 273]. На наш погляд, деякі з них є дискусійними. Так, С. Ahlund та W. Sorgdrager зокрема вказали, що у цьому Законі викладено як загальне визначення дискримінації, так і окремі визначення прямої та непрямой дискримінації. Вказуючи на це як на недолік, експерти виходили з того, що «міжнародне право та найкращі практики наполягають на тому, що дискримінація мусить бути визначена як «пряма» або «непряма»», а загальне її визначення «як такої спричиняє ризики плутанини та помилкового тлумачення». Підхід, реалізований вітчизняним законодавцем, однак, не суперечить міжнародним актам, в яких закріплено передусім загальне розуміння дискримінації. До того ж, як зазначають самі експерти, визначення п'яти заборонених форм дискримінації практично ідентичні до визначень, закріплених у різних директивах ЄС щодо боротьби з дискримінацією [1, с. 275].

У Законі «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» визначено такі форми дискримінації (ст. 5): 1) пряма дискримінація; 2) непряма дискримінація; 3) підбурювання до дискримінації; 4) пособництво у дискримінації; 5) утиск. При чому, позиції 3-5 були відредаговані у 2014 році. У контексті нашого дослідження важливою є стаття 8 цього Закону, відповідно до якої: при розробці проектів нормативно-правових актів обов'язково враховується принцип недискримінації; у процесі нормотворення передбачено проведення антидискримінаційної експертизи; її результати обов'язково розглядаються під час прийняття рішення про видання (прийняття) відповідного нормативно-правового акту. У вказаному документі викладено перелік суб'єктів, уповноважених у сфері запобігання та протидії дискримінації (Верховна Рада України; Уповноважений Верховної Ради України з прав людини; Кабінет Міністрів України; інші державні органи, органи влади АРК, органи

місцевого самоврядування; громадські організації, фізичні та юридичні особи), окреслено обсяг відповідних повноважень, а також відповідальність за порушення законодавства про запобігання та протидію дискримінації [5].

З метою досягнення паритетного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства було прийнято Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», чим закладено правову основу забезпечення рівних прав та можливостей цих категорій осіб, ліквідації дискримінації за ознакою статі. Актуальність цього Закону підтверджується тим, що жінки, як зазначено у звіті / доповіді «Вирішення проблеми дискримінації та нерівності в Україні», «є головними жертвами дискримінації за ознакою статі в Україні», що значною мірою «є наслідком збереження патріархальних і патерналістських соціальних норм». У загаданому звіті також зазначено, що в Україні сформована міцна правова база щодо заборони дискримінації за ознакою статі, водночас, діють нормативно-правові акти, які містять пряму дискримінацію щодо жінок, або такі, що, «нібито прагнучи їх «захистити», насправді обмежують їх здатність робити вибір, особливо в сфері зайнятості». Непоодинокими є випадки дискримінації жінок при прийомі на роботу, сексуальних домагань на робочому місці, нерівної, у порівнянні з чоловіками, оплати праці. Незважаючи на спеціальне кримінальне законодавство, високим також залишається рівень побутового насильства та торгівлі жінками [1, с. 66].

У Законі України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» визначено поняття «дискримінація за ознакою статі», виходячи з якого, можемо виокремити відповідні ознаки цього явища. Отже, цей тип дискримінації позначається тим, що спрямовується на окремих осіб та / або групу осіб за ознаками статі, що були, є та можуть бути дійсними або припущеними. Дискримінація за ознакою статі – це ситуація, за якої вказані особи та / або група осіб зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами або привілеями. Форми таких обмежень встановлені в ст. 5 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», крім випадків, коли такі обмеження або привілеї мають правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними й необхідними. Цей Закон відповідає міжнародним, у тому числі європейським, стандартам щодо ліквідації дискримінації за ознакою статі, зокрема пропагує модель «дійсної рівності». Наразі законодавець вводить поняття гендерної рівності як рівного правового статусу жінок і чоловіків та рівних можливостей для його реалізації, що дозволяє особам обох статей брати рівну участь у всіх сферах життєдіяльності суспільства. Утвердження гендерної рівності та недопущення дискримінації за ознакою статі віднесено у ст. 3 Закону «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» до основних напрямів державної політики щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків. Відповідно до ст. 6, дискримінація за ознакою статі забороняється [3].

Антидискримінаційні положення містить і Закон України «Про зайнятість населення», у статті 11 якого, закріплено право особи на захист від проявів дискримінації у сфері зайнятості населення. Відповідно до ч.1 цієї статті, «Держава гарантує особі право на захист від будь-яких проявів дискримінації у сфері зайнятості населення за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, членства у професійних спілках або інших об'єднаннях громадян, статі, віку, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками». Згідно з ч. 3 цієї ж статті, «Забороняється в оголошеннях (рекламі) про вакансії зазначати обмеження щодо віку кандидатів, пропонувати роботу лише жінкам або лише чоловікам, за винятком специфічної роботи, яка може виконуватися виключно особами певної статі, висувати вимоги, що надають перевагу одній із статей, а також вимагати від осіб, які працевлаштовуються, надання відомостей про особисте життя [4].

Вектор розвитку вітчизняного антидискримінаційного законодавства, зокрема щодо забезпечення ще більш повної його узгодженості з міжнародними, у тому числі європейськими, актами щодо запобігання та протидії дискримінації, визначено у Плані дій уряду з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021-2023 роки [6].

Відповідні заходи можемо структурувати / згрупувати залежно від сфери суспільних відносин, в якій ці заходи покликані усунути прояви дискримінації.

Так, у сфері правосуддя заплановано: розробити і подати на розгляд Кабінету Міністрів України законопроект, спрямований на вирішення системної проблеми щодо надмірної тривалості кримінального й цивільного провадження та обґрунтування відповідних ефективних засобів юридичного захисту (п. 22); забезпечити процесуальні права осіб з інвалідністю, зокрема щодо надання документів та інших матеріалів справи в електронному форматі тощо (п. 23); розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України проект Закону України «Про юстицію, дружню до дитини» та визначити у процесуальному законодавстві спеціальні процедури здійснення правосуддя щодо неповнолітніх (п. 67); розробити законопроект про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» в частині уведення до складу місцевих загальних судів та апеляційних судів таких суддів, які спеціалізуються на розгляді справ, що виникають із сімейних правовідносин і стосуються захисту прав та законних інтересів дітей (п. 70) тощо.

У сфері трудових відносин заплановано розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України такі законопроекти: про покладання на роботодавця обов'язку доказування в суді правомірності рішення, дії чи бездіяльності роботодавця у справах про дискримінацію у сфері праці (п. 31); про внесення змін до Закону України «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» з метою включення положень про запобігання випадкам дискримінації за ознакою статі і сексуальних домагань на робочому місці (п. 32); про усунення дискримінаційних положень, які можуть порушувати права (майнові та немайнові) партнерів, котрі не перебувають у шлюбі, і про впровадження інституту зареєстрованого цивільного партнерства (п. 33); про внесення змін до Кодексу законів про працю України, Законів України «Про оплату праці», «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», «Про колективні договори і угоди» з метою зменшення різниці в оплаті праці жінок і чоловіків (п. 34). Крім того, заплановано розроблення і затвердження методичних рекомендацій щодо проведення гендерного аудиту підприємствами, установами та організаціями (п. 35) тощо.

У сфері соціального захисту передбачено такі заходи: переглянути державний стандарт соціального супроводу сімей (осіб), які перебувають у складних життєвих обставинах, з урахуванням положень Закону України «Про соціальні послуги» (п. 51); розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України законопроект, в якому відповідно до міжнародних стандартів визначити поняття «підлітки» та «підлітки групи ризику» як вікову групу від 10 до 18 років включно (п. 52), законопроект про соціальну підтримку дітей, які постраждали внаслідок воєнних та збройних конфліктів (п. 71); розробити методичні рекомендації щодо надання дітям, розлученим із сім'єю, які не є громадянами України, дітям-біженцям, дітям, які потребують додаткового захисту, такої соціальної послуги, як соціально-психологічна реабілітація (п. 74); розробити законопроект про внесення змін до Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» (п. 41).

У сфері охорони здоров'я, крім іншого, заплановано на основі принципів міжнародної класифікації функціонування, обмежень життєдіяльності та здоров'я, розробити чіткі критерії встановлення інвалідності (п. 58).

У сфері освіти заплановано: 1) розробити проекти постанов Кабінету Міністрів України: щодо типології / переліку категорій освітніх труднощів в осіб з особливими освітніми потребами, враховуючи рівень підтримки в освітньому процесі в інклюзивних класах / групах закладів освіти (п. 63); щодо організації інклюзивного навчання в закладах загальної середньої освіти (п. 66); 2) розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України законопроект про внесення змін до Закону України «Про освіту» щодо вдосконалення законодавства з протидії булінгу в частині удосконалення суб'єктного складу учасників булінгу (п.п. 68-69); 3) законодавче закріпити критерії та індикатори щодо дотримання прав людини в освітньому процесі, які враховувати під час проведення інституційного аудиту в закладах загальної середньої освіти (п. 91)

Передбачено комплекс заходів з метою удосконалення законодавства щодо забезпечення прав та свобод різних категорій осіб, які перебувають на тимчасово окупованих територіях України, є внутрішньо переміщеними особами, постраждали внаслідок збройної агресії Російської Федерації проти України (стосується у тому числі «множинної дискримінації») (п.п. 71-88).

Заплановано заходи щодо унеможливлення дискримінації за ознакою національної приналежності, зокрема: удосконалити нормативно-правове регулювання реалізації прав національних спільнот (п. 47); розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України проект Закону України «Про корінні народи в Україні» (п. 46).

Уведення низки антидискримінаційних приписів передбачено в Кримінальний кодекс та Кримінальний процесуальний кодекс України (п.п. 1, 4 тощо), Кодекс України про адміністративні правопорушення (п. 14). Пунктом 28 Плану дій передбачено розроблення законопроекту про внесення змін до Кримінального кодексу України зокрема щодо уніфікації використання терміна «нетерпимість» та обов'язкового врахування мотивів нетерпимості за такими ознаками, як: колір шкіри, раса, національна або етнічна належність, релігійні та / або ідеологічні переконання, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, інвалідність, мова, місце проживання, інші ознаки в разі призначення покарання за злочин.

Література

1. Вирішення проблеми дискримінації та нерівності в Україні : The Equal Rights Trust Country Report Series: 5 Лондон, 2015. 473 с.
2. Конституція України : Верховна Рада України; Закон від 26.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://surl.li/gdyl> (дата звернення: 16.07.2021)
3. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 08.09.2005 № 2866-IV. URL: <http://surl.li/rclw> (дата звернення: 18.07.2021)
4. Про зайнятість населення : Закон України від 05.07.2012. № 5067-VI. URL: <http://surl.li/aalur> (дата звернення: 16.07.2021)
5. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI. URL: <http://surl.li/aaijd> (дата звернення: 18.07.2021)
6. Про затвердження Плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021-2023 роки : Кабінет Міністрів України; Розпорядження від 23.06.2021 № 756-р. URL: <http://surl.li/aagip> (дата звернення: 16.07.2021)

Щодо класифікації правових систем деяких африканських держав

Саміло Г.О., к.ю.н., доцентка

Національний університет «Запорізька політехніка»

В сучасному світі відбувається змішання культур та правових традицій, йде процес так званої юридичної «гібридизації». Процес формування державності та національного права в Африці дає можливість говорити про формування нового типу правових систем, який поєднує основи звичаєвого права, права колишніх метрополій, релігійних норм та нового законодавства.

В Африці відбувається протистояння, конфлікт різних громадських структур, і в той же час – синтез різних африканських інститутів з європейськими та мусульманськими, що веде до різкої та стрімкої зміни всього політичного та правового стану. Створення права, адекватного суспільству – тривалий процес, який має виняткову складність. У зв'язку з цим досить важливим є питання про співвідношення в Африці різних систем і типів права, взаємовідносини різноманітних правових інститутів.

Населення Африки вже перевищує 1 млрд чоловік. Це близько 15% всього населення Землі. За офіційними даними, щорічно населення Африки збільшується приблизно на 30 млн чоловік. На даний момент в Африці налічується 54 незалежних держав, а також 9 «територій» та ще 3 невизнані республіки [1].

Серед довгого переліку нерозв'язаних проблем, з якими стикаються сучасні незалежні держави Африки є досить серйозна проблема – створення національних правових систем, які на даному етапу розвитку являють собою поєднання сумбуру корінних звичаїв та традицій, релігійних норм та нав'язаних ним метрополіями законів, з якими вони прийшли до незалежності. В більшості країн зберіглося звичаєве право, до якого були додані правові елементи європейських держав, а в деяких випадках також з'явилися запозичені норми права Близького Сходу та Азії.

Африканський континент є дуже різноманітним, його правові системи поєднують традиції, релігійні норми, звичаєве право, західне загальне право та європейські цивільно-правові традиції. У той же час, багато з цих комбінацій не є результатом об'єктивного розвитку африканської правової системи, вони формувалися під впливом домінуючих колоніальних держав. Системи, які виникли на тлі тендітної рівноваги, часто складаються із норм, які суперечать одна іншій.

Громади та племена, які є основними суспільними ресурсами африканських держав, не є однорідними. Можна говорити про їх етнічні, мовні, релігійні, культурні, традиційні відмінності. Але основною засадою функціонування суспільних спільнот та базою для формування правових систем африканських держав є те, що найбільш важливі суспільні відносини регулюються звичаєвим правом. Також потрібно відзначити, що звичаєве право необхідно відрізнити від різноманітних звичаїв та традицій, що склалися у численних племенах, які населяють Африку. Так, французька екваторіальна Африка і бельгійське Конго були населені приблизно 1500 народностями. Тільки в Судані їх налічувалося 579, в англійській Західній Африці – 200, на Мадагаскарі – 19 [2, с. 377-378]. Нігерія, наприклад, є найбільш густонаселеною країною не лише Африки, а всього світу [3]. В країні проживають понад 250 етнічних груп [3], кожна з яких є своєрідною, всі вони користуються звичаєвим правом для регулювання найбільш суттєвих суспільних відносин, насамперед особистого характеру.

Загальноприйняті звичаї та традиції займають центральне місце в самоідентичності корінних народів і місцевих громад, визначенні прав, обов'язків та відповідальності їх членів. Ці звичаї стосуються важливих аспектів їх життя, культури та світогляду. Звичаєві норми, як правило, регулюють відносини з використання та доступу до природних ресурсів, прав та обов'язків, пов'язаних з землею, успадкуванням майна, духовним життям, збереженням культурної спадщини та багато інших питань. Підтримка звичаєвого права може мати вирішальне значення для продовження життєздатності інтелектуального, культурного та духовного життя корінних народів та місцевих громад, які також закликали до поваги і визнання норм звичаєвого права, що виходять за рамки їхніх власних спільнот, наприклад, щодо претензій на землю та природні ресурси [3].

Для початку розглянемо поняття звичаєвого права в сучасному теоретико-правовому розумінні. Звичаєве право являє собою сукупність звичаїв, практики та переконань, які прийняті в якості обов'язкових правил поведінки корінних народів та місцевих громад. Звичаєве право є невіддільною частиною їхньої соціально-економічної системи та способу життя. Звичаєве право складається з групи звичаїв, які визнаються спільно колективно спільнотою, людьми, племенами, етнічною або релігійною групою. Це контрастує з писаним законом, який, як правило, відображає інтереси політичної влади.

Традиції та звичаї стають нормами звичаєвого права, коли вони підтримуються більшістю громади та передаються з покоління в покоління. Звичаєве право, таким чином, є потенційним комплексним елементом, який може охоплювати собою звичаї та корінні закони, а також інструменти для захисту традиційних знань.

Серед основних ознак звичаєвого права можуть бути, в залежності від контексту, його легітимність, гнучкість і адаптивність. У більшості країн Африки воно визнається як джерело права, в деяких країнах його роль обмежується здійсненням внутрішньої автономії або самоврядування корінних народів і місцевих спільнот.

Взагалі кажучи, норми звичаєвого права можуть служити: фундаментальною правовою основою або джерелом права для регулювання відносин всередині національної спільноти; фактичним елементом у створенні прав на традиційні знання колективу громади; елементом визначення традиційних знань; засобом визначення або напрямом використання традиційних знань; в якості конкретних прав користувачів; посібником з оцінки культурного чи духовного проступку або пошкодження, які спричинені неправильним використанням традиційних знань; засобом визначення належних способів правового захисту; шляхом для вирішення спорів з приводу права власності або іншого прав.

У звичаєвому праві Африки відбитий так званий «африканський спосіб мислення» [4, с. 54], який заснований з одного боку на реалістичному сприйнятті життя та людських відносин, а з іншого боку характеризується певною міфологічністю, визнанні надприродних сил. Звичаєве право, що панує в африканських державах, існує в усній формі та не має будь-яких письмових юридичних джерел або конструкцій. Звичаєве право не є правом окремих осіб, воно є правом певних племінних груп та громад. Колективна організація суспільного життя передбачає сприйняття звичаєвих норм як чогось органічного, що йде зсередини громади, на відміну від законодавства держави, що сприймається як явище, що руйнує її зовні. Громада або плем'я має свою структуру, свої органи управління, свої уявлення про засади організації колективного життя. Власність на землю громади є колективною, такою ж була й відповідальність за правопорушення, яке скоїв будь-який з членів громади. В колективному житті вбачається суспільна гармонія, що й відображено у звичаєвому праві. Для африканських звичаєвих норм, як й для будь-якого звичаєвого права взагалі, характерним є нерозривний зв'язок між звичаями та мораллю, зокрема, юридичні та моральні обов'язки не розрізняються. Виконання норм звичаєвого права забезпечуються самім укладом колективного життя, повторенням звичаїв з покоління в покоління, традиційністю, страхом перед надприродними силами, людським осудом, хоча й засновано на принципі добровільності. Звичаєве право є місцевим законом, який застосовується до різних етнічних груп та головним чином використовується в сфері сімейних відносин. Всі ці норми, як вже зазначалося, неписані та існує відмінність між звичаями різних етнічних груп. Місцеві суди у багатьох випадках очолюються людьми, які не мають юридичної підготовки. Шаріат же, заснований на ісламській релігії, існує в письмовій формі, і тому його застосування є більш зручним в різних громадах на всієї території країни. На півдні Африки шаріат розглядається як один з аспектів звичаєвого права, в той час як на півночі, шаріат є окремою юридичною системою [5].

Цей правовий плюралізм, звичайно ж, є просто юридичним аспектом загальнокультурного стану, який характерний для нових африканських держав.

Звичайно, на великих площах існує суттєва схожість культури і мови. Наприклад, на сьогоднішня більша частина континенту на південь від Судану населена народами, які розмовляють на банту та пов'язаних з нею мовами [5]. Але звичаєве право, не будучи втілено в письмовій культурі, яка могла б сформулювати і конкретизувати звичаєві норми, має не настільки значний вплив, щоб стати значною частиною законодавства нових держав.

Більш глибоке і більш витривале почуття державності та громадянства у сучасний період розвиваються повільно через конфронтацію загальних проблем і через ідеологічні розбіжності лідерів, які здатні синтезувати нову національну культуру, яка насамперед буде спиратися на традиційну єдність та звичаєві норми Африки. В даний час, однак, найважливішою культурно-правовою реальністю для переважної більшості сільських жителів Африки є традиції та звичаї їх етнічною групою.

У більшості африканських держав застосування звичаєвих норм отримало офіційне визнання в конституціях, законодавчих актах, місцевих актах, постановах, систематизованих актах, квазіофіційних документах та інших видах правових матеріалів. Досягнення незалежності цими країнами привело певною мірою до відродження традицій, викликало до них нове ставлення як до частини національної культури. Можна вважати, що в ряді країн епоха активної вестернізації закінчилася. Сьогодні більшість правових систем не може

формуватися без урахування юридично або фактично діючих підсистем звичаєвого права. У більшості держав відбувається «інвентаризація» звичаїв – скасування застарілих, що виходять з ужитку, і юридичне визнання діючих, інтеграція їх у законодавство та систематизація звичаєвого права. Процес проведення систематизації в кожній країні специфічний: він може диктуватися правовою політикою, характером державного розвитку, впливом колоніальної спадщини, релігійною обстановкою, етнічною ситуацією.

Проблеми правового управління, яке здійснюється в сфері примирення цих десятків, навіть сотень звичаєвих норм між собою із недавно прийнятими нормами законів, покладено, як правило, на судові органи [3].

Звичаєве право має місцеве застосування, воно регулює відносини між членами громади. При цьому, оцінка сучасного стану звичаєвого права в сучасному африканському суспільстві вказує на те, що воно може допомогти юристам у вирішенні більш широких правових проблем на рівні нових національних держав. Якщо звичаєве право залишається важливим в житті людей, і якщо воно є досить гнучким, щоб адаптуватися до нових умов, то «архітекторам» нових національних правових систем можна включити його в національну систему права, оснастивши його правовими інструментами для подальшої еволюції, а не відмітати його в пориві законодавчого ентузіазму.

Сучасні правові системи Африки, які засновані на місцевому звичаєвому праві, виконують різну соціальну і політичну ролі. В одних державах вони слугують ідеї консолідації народу для нормального розвитку країни, в інших, навпаки, – посилюють сепаратизм окремих етнічних груп, перешкоджають прогресивному суспільному розвитку та включенню держави в міжнародну спільноту.

В деяких країнах механічне перенесення на африканський ґрунт європейських правових інститутів продемонструвало свою неефективність, скасування норм звичаєвого права в деяких етнічних групах призвело до заміщення їх мусульманським правом. Цей процес в останні роки набуває все більш інтенсивний характер. Оскільки діапазон традиційного права обмежений, воно не може бути поширене на багато сучасних суспільних відносин. Замість нього застосовуються більш розвинені мусульманські норми, які за своїм духом виявляються ближче до традиційного світосприйняття, ніж європейське право. В останній час в Нігерії розширюється сфера дії мусульманського права, розповсюджуючи свою дію також на кримінальні злочини, а в Кенії, навпаки, все більшу силу набирає індуське право [3].

При формуванні національних правових систем в нових африканських державах необхідно враховувати місцеві традиції та звичаєві норми. Як правило, відбір звичаєвих норм при проведенні систематизації права та створенні кодексів пов'язаний із політичною орієнтацією держави та міжнародною політикою її уряду. Більшість африканських держав змушені враховувати етнічні особливості та проводити уніфікацію звичаєвого права. Питання про роль звичаєвого права можна розглядати як складову частину загальної проблеми прав людини. Це відображає роль традицій та звичаєвих норм в сучасних африканських державах.

Таким чином, можна сказати, що в Африці в більшості держав формуються національні правові системи, де поряд із місцевим звичаєвим правом співіснують елементи європейського, індуського та ісламського права, й така ситуація, скоріш за все, буде залишатися протягом багатьох років. Африка є континентом з великим потенціалом з точки зору економіки та стратегічного значення. З кожним роком вплив різних правових систем і культур збільшується. Через активні міжнародні зв'язки та світову глобалізацію вплив іноземних правових систем буде ще збільшений. Для вирішення своїх поточних правових та інших ситуацій національні суспільства повинні адаптуватися до зовнішнього впливу. Адаптація та запозичення не повинні бути одновимірними, західні суспільства також можуть дізнатися з Африки шляхи вирішення національних проблем, особливо в сфері сімейного права та альтернативного вирішення спорів. При вирішенні спорів за допомогою звичаєвого

права африканські громади та судова система виходить з принципу справедливості та намагається принести користь всім сторонам процесу на відміну від західного права [5].

Вивчення африканських правових систем дозволяє виявити автономний розвиток права даних держав в умовах політичних змін. Співіснування європейського, релігійного, звичаєвого права дає можливість говорити про формування самобутніх правових систем, які, з нашої точки зору можна віднести до змішаних правових систем.

Література

1. Африка. Население. URL : <http://travelife.today/continents/%D0%B0%D1%84%D1%80%D0%B8%D0%BA%D0%B0/>
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Междунар. отн., 1998. 400 с.
3. Chris Nwachukwu Okeke. African Law in Comparative Law: Does Comparativism Have Worth? URL : http://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1444&context=rwu_LR
4. Рулан Н. Юридическая антропология: учебник / пер. с фр.; отв. ред. В.С. Нерсесянц. М.: НОРМА, 2000. 310 с.
5. Lloyd Fallers. Customary law in the new african states. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2941&context=lcp>

Дискусійні питання протидії жорсткому поводженню з тваринами за новим законодавством в контексті утримання хижих птахів

*Семчук Н.О., к.ю.н., доцентка
Національний авіаційний університет*

15 липня 2021 року Верховна Рада України прийняла закон про впровадження в Україні стандартів ЄС щодо гуманного ставлення до тварин [1]. Наразі повний офіційний текст закону недоступний, тому основні положення наводяться з преси. Отже, згідно з прийнятими змінами, заборонено використовувати тварин у рекламі розваг і закладів харчування, для фотосесій (за винятком зоопарків, дельфінаріїв і цирків), утримувати хижих чи рідкісних тварин у неспеціалізованих закладах або вдома [2].

Не дивлячись на те, що прийняті зміни в цілому схвально сприйняті зоозахисниками та громадськістю, все ж ряд важливих моментів залишився поза увагою законодавця. І тому, вирішивши одні питання. Закон загострив інші. Однією з проблем, що виникла з його прийняттям та привернула увагу зоозахисників та громадськості, стало питання щодо утримання хижих птахів.

На перший погляд, заборона утримання хижих птахів удома виглядає як сучасна і прогресивна норма, спрямована на захист тварин. Проте на практиці все геть не так однозначно. Адже варто врахувати, що, відповідно до біологічних особливостей, дуже багато хижих птахів, яких було врятовано, неможливо повернути в дику природу без шкоди для самих птахів. Точні цифри наразі відсутні, проте активісти кажуть що це ледь не абсолютна більшість врятованих хижих птахів. І мова йде, на жаль, про тисячі птиць щороку.

Так, в Україні лише 7 зоопарків загальнодержавного значення, а всього, враховуючи приватні та мінізоопарки, менше ніж 50. Тобто держава не має необхідної інфраструктури для утримання тисяч хижих птахів щороку. Приватні притулки та центри для диких птахів також мають вкрай обмежений розмір. При цьому варто врахувати, що кожен птах потребує окремого вольєру, щоденного м'ясного харчування, спеціалізованого ветеринарного обслуговування і водночас живе досить довго.

Тобто мова йде про величезні площі та багатомільйонне державне фінансування перебування кожного птаха в умовах спеціалізованого центру протягом десятиріч. Але наразі, поки такі центри не створено, птахи, які потребують їжі щоденно, фактично опинилися під загрозою голодної загибелі.

При цьому варто вказати, що не всі власники хижих птахів є законослухняними та добросовісними. І хижі птахи, як небезпечні тварини, теж потребують суворого контролю. Замовчування такого питання ніяк не сприяє захисту тварин. Проте наразі є тисячі людей, які вже тривалий час утримують власноручно врятованих тварин, забезпечують їх всім необхідним і на підставі власного досвіду вже мають необхідні знання і вміння для цього. І стає зовсім не зрозуміло, що робити в такому випадку – тварини набуті до набрання чинності законом, порушення в утриманні відсутні, і формально власники мають масово здати своїх улюбленців до зоопарків. Проте на практиці зоопарки не мають необхідної інфраструктури для тисяч тварин та відмовлятимуть власникам.

Складається парадоксальна ситуація, коли для того, щоб уникнути звинувачень в жорстокому поводженні з тваринами, власники мають вчинити дійсно жорстоко чи аморально – вигнати тварину на вірну загибель або утримувати її надалі, щоденно боячись покарання за свою віддану допомогу природі.

Вказані положення як прикладом того, як недостатнє розуміння питання призводить до реальної шкоди природі. З одного боку, намагання захиситит тварин від неналежного утримання за відсутності необхідних умов. А з іншого – не створення відповідної інфраструктури для того, щоб тварини, які втратили опіку власника, отримали належний догляд від держави.

Виходом зі створеного парламентом „глухого кута” можна було б вважати надання допомоги власникам хижих тварин після реєстрації їх у відповідному центрі та при наявності державного контролю за їх утриманням. В такому випадку відповідальним за їх утримання та фактичним власником вважався б спеціалізований центр (який мав би право вилучити їх в будь-який момент при наявності сумніві щодо утримання), а особа, в якій проживає тварина, отримувала б консультації, ветеринарну допомогу та сприяння, однак тягар утримання тварини був би частково знятий з держави.

Література

1. Знущання з тварин тепер каратиметься суворіше. Верховна Рада підтримала законопроект про захист тварин від насильства. <https://hromadske.ua/>. 2021. 15 лип. URL: <https://hromadske.ua/posts/verhovna-rada-progolosuvala-za-posilennya-vidpovidalnosti-za-znushannya-z-tvarin-vidpovidno-do-standartiv-yes> (дата звернення: 25.07.2021).

2. Правила поводження з тваринами. Рада підтримала нові норми. *bbc.com*. 2021. 16 лип. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-57862102> (дата звернення: 25.07.2021).

Правовий аналіз інституту нарадчої кімнати та проблемні питання порушення її таємниці при ухваленні вироку у кримінальному провадженні

*Сінельнік Р.В., к.ю.н., доцент
Запорізький національний університет*

Процедура виходу суду для ухвалення вироку та вирішення питань при його ухваленні має бути чітко дотримана у відповідності до положень кримінального процесуального права. Практичне застосування судом норм Кримінального процесуального кодексу України (далі КПК України) призводить до виникнення певних суперечностей, які у подальшому можуть бути підставами для зміни вироку, скасування вироку повністю або частково, скасування вироку із закриттям кримінального провадження або призначенням нового судового розгляду у суді першої інстанції.

Особливе значення у кримінальному процесі приділяється забезпеченню дотримання таємниці наради суддів. Так, згідно положення статті 367 КПК України під час ухвалення вироку ніхто не має права перебувати в нарадчій кімнаті, крім складу суду, який здійснює судовий розгляд. Суд вправі перервати нараду лише для відпочинку з настанням нічного часу. Під час перерви судді не можуть спілкуватися з особами, які брали участь у

кримінальному провадженні. Судді не мають права розголошувати хід обговорення та ухвалення вироку в нарадчій кімнаті. Постановлення ухвали суду в нарадчій кімнаті здійснюється відповідно до правил, передбачених цією статтею [1]. Проаналізувавши зміст статті 367 КПК України вбачається, що нарадча кімната є окремим приміщенням будівлі суду, у якому повинні знаходитися судді під час усього періоду часу ухвалення вироку. Проте у чинному законодавстві відсутнє стале термінопоняття «нарадча кімната». Аналіз вказаної кримінально-процесуальної норми таємниці наради суддів призводить до висновку про відсутність фактичної реалізації цієї вимоги закону, а також визначення обставин, які б свідчили про порушення таємниці нарадчої кімнати або її розголошення.

З метою з'ясування вимог до нарадчої кімнати суду (термінопоняття, функціонально-будівельна зона, технічне обладнання тощо) звернемось до Державних будівельних норм (ДБН) 2.2-26:2010 «Будинки і споруди. Суди» вперше затверджених у 2010 році Міністерством регіонального розвитку та будівництва України. Отже, будівельні норми містять чітке визначення терміну нарадча кімната – ізольоване приміщення, в якому склад головних учасників судового процесу постановляє вироки, рішення, визначення по судовій справі [2]. Приміщення будинку суду класифікуються за ступенями доступності для відвідувачів та співробітників суду, мають відповідний поділ на три групи: 1) приміщення вільного доступу; 2) приміщення службового призначення (зона обмеженого доступу), дозволяється лише співробітникам суду; 3) приміщення службового призначення (зона обмеженого доступу), дозволяється тільки суворо обмеженому колу співробітників суду. Зала судових засідань відноситься до першої групи. Проте до другої групи належать робочі приміщення суддів, приміщення допоміжного призначення, в яких відбуваються функціональні процеси, спрямовані на забезпечення організації та обслуговування судочинства. Цілком логічним було б віднести нарадчу кімнату до 3 групи, оскільки вхід до неї має право лише певний суддя або колегія суддів, які вийшли до нарадчої кімнати для ухвалення вироку. Усі стороннім особам – іншим суддям, їхнім помічникам, секретарям, учасникам провадження заборонено вхід до цього приміщення.

На жаль, реалії сьогодення та брак належного фінансування української судової системи не дозволяє масштабно здійснити капітальну перебудову існуючих приміщень судів або ж виділити кошти на будівництво нових спеціально обладнаних будівель суду у відповідності до вищезазначених ДБН.

Попри ці перешкоди суддям не залишається жодного іншого вибору як виконувати покладені на них функції та обов'язки, забезпечувати кожному право на справедливий суд, бути незалежними від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання у здійснення правосуддя. Тим не менш дотримання таємниці ухвалення судового рішення створює низку проблемних питань.

Отже, керуючись положенням статті 366 КПК України «Вихід суду для ухвалення вироку» після останнього слова обвинуваченого суд негайно виходить до нарадчої кімнати для ухвалення вироку, про що головуєчий оголошує присутнім у залі судового засідання [1]. Згідно тлумачення наведеного у науково-практичному коментарі «...суд невідкладно виходить до нарадчої кімнати – окремого приміщення суду, призначеного для обговорення судом наслідків розгляду кримінального провадження, вирішення питань фактичного і правового характеру, а також ухвалення судового рішення...» [3, с. 118], таким чином очевидним є необхідність видалення суду з зали судового засідання до іншої кімнати, але на практиці цим самим окремим приміщенням «нарадчої кімнати» є робочий кабінет судді. Оскільки ніхто не має права перебувати в нарадчій кімнаті під час ухвалення вироку суддя зачинає свій кабінет, забезпечуючи неможливість входу до нього працівників суду, свого помічника та секретаря судового засідання, працівників правоохоронних органів, адвокатів та інших учасників кримінального провадження. Орієнтований час для вирішення судом питань при ухваленні вироку може бути різним в залежності від складності справи та тривати від 30 хвилин до декількох днів або навіть й тижнів.

Під час перебування судді у нарадчій кімнаті виникає низка проблемних питань,

врегулювання яких не визначене нормами чинного кримінального процесуального законодавства України.

По-перше, у багатьох судах загальної юрисдикції через відсутність великої площі будівлі суду, особливо окремо розташованої будівлі (іноді суди знаходяться у багатоповерховому житловому будинку), браку достатньої кількості приміщень службового призначення існує наступна проблема – суддя має один робочий кабінет, у якому знаходяться робочі місця його помічника та секретаря судового засідання. Ця ситуація викликає безліч незручностей, проте найбільш суттєвою є неможливість дотримання таємниці нарадчої кімнати, коли у приміщенні знаходяться троє осіб. Зрозуміло, що кожен виконує свої посадові обов'язки, але у такому випадку заборона перебування інших осіб у нарадчій кімнаті фактично не може бути дотримана.

По-друге, під час вирішення питань при ухваленні вироку, технічної підготовки вироку у великій кримінальній справі суддя може фізично не встигнути завершити цей тривалий процес на раніше призначений ним час, тому він буде вимушений призначити іншу дату проголошення вироку. Отже, виникає необхідність проінформувати про нову дату секретаря судового засідання або помічника судді, який має оформити судові повістки для усіх сторін по справі, підписати їх у судді та надіслати усім учасникам процесу. Тому є незрозумілим: чи вважається така дія перериванням наради та розголошенням ходу ухвалення вироку. Оскільки фізично суддя має покинути нарадчу кімнату та вийти до іншого кабінету або ж дозволити секретарю судового засідання зайти до свого кабінету, який одночасно є приміщенням нарадчої кімнати.

По-третє, в діючому законодавстві відсутня процедура виходу судді із нарадчої кімнати з метою поновлення стадії перевірки фактичних обставин та підтвердження їх доказами. Така необхідність може з'явитись якщо з певних причин були допущені деякі порушення процесуального закону, які суддя виявив під час перебування в нарадчій кімнаті (наприклад, обвинуваченому не надали останнє слово або не допитали когось із учасників процесу або виникла необхідність додатково дослідити певні обставини чи усунути певні розбіжності).

По-четверте, при виникненні раптової необхідності судді звернутися до лікаря внаслідок різкого погіршення стану здоров'я він оформлює листок тимчасової непрацездатності під час перебування у нарадчій кімнаті. Не зрозуміло, яким чином він повинен покинути приміщення нарадчої кімнати у подібній ситуації та чи буде факт спілкування із сторонніми особами розцінюватись як порушення таємниці нарадчої кімнати. На нашу думку, це питання потребує окремого нормативно-правового узгодження.

По-п'яте, у разі технічних несправностей оргтехніки чи інтернет-зв'язку, суддя може бути вимушений дозволити увійти до приміщення нарадчої кімнати спеціалісту з метою їх усунення та відновлення здатності технічного об'єкта виконувати потрібну функцію. У подібній ситуації слід вважати недотриманням положення ч. 1 ст. 367 КПК України.

По-шосте, коли суддя перериває нараду для відпочинку з настанням нічного часу, вихідних днів, прийняття їжі також незрозумілими є подальші дії судді. Виходячи із положення ч. 2 ст. 367 КПК України під час перерви наради суддя не має права спілкуватися з особами, які брали участь у кримінальному провадженні. Проте законодавець не узгодив ситуацію у якій суддя у неробочі години, вихідні дні може спілкуватися із іншими особами, які входять до кола близьких знайомих, друзів, родичів, які у той же час можуть мати відповідні посади (зокрема у державних, судових, правоохоронних органах тощо), що теоретично може бути розцінено як порушення таємниці нарадчої кімнати.

Усі вищезазначені законодавчо не врегульовані проблеми є вкрай важливими у практичній діяльності судді. Оскільки, у разі доведення істотного порушення норм кримінального процесуального закону згідно п. 3 ч. 1 ст. 409 КПК України – порушення таємниці нарадчої кімнати має відповідні процесуальні наслідки у вигляді скасування судового рішення судом апеляційної інстанції. Проаналізовані вище проблемні ситуації з якими стикаються судді у своїй професійній діяльності свідчать про наявність суттєвих

перешкод для ухвалення судом законного та обґрунтованого судового рішення.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
2. ДБН 2.2-26:2010 Будинки і споруди. Суди. URL: <http://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2017/12/72.1.-DBN-V.2.2-262010.-Skan.-Budinki-i-sporudi.-Sudi.pdf>
3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 2 / Є.М. Блажівський, Ю.М. Грошевий, Ю.М. Дьомін та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Х. : Право, 2012. 664 с.

Інформаційна війна як проблема сучасної України: правовий аспект

*Сопілко. І.М., д.ю.н., професорка
Національний авіаційний університет*

Споконвіку ми могли спостерігати вплив за допомогою інформації на свідомість і емоції різних соціальних груп і окремо взятих людей. Судити про таке можна із урахуванням усталених традицій, норм виховання і існуючих стереотипів. Але в ті далекі часи не було такого поняття як «інформаційна війна». Сьогодні ж, коли інформаційні мережі отримали повсюдне використання, саме інформаційна зброя отримала звання головного важеля влади.

Інформаційний шум і інформаційний вакуум формують особливий інформаційний вплив на людину і на маси, при цьому "традиційні" військові методи на кшталт залякування, фізичного впливу тощо використовуються набагато рідше. Сьогодні протиборчій стороні достатньо отримати контроль над засобами передачі інформації – і ось уже вона має серйозну перевагу у боротьбі за владу. При цьому головне тут – це вміння і здатність нав'язати свої цілі, ідеї або певний напрям мислення.

Для нашої держави України поняття "інформаційна війна" не нове, в останні роки його використовують все частіше у зв'язку із агресією і веденням Російською Федерацією гібридної війни проти нас. Згідно А. Моногану, гібридна війна являє собою комплекс ворожих дій (при цьому безпосередньо військових дій в них дуже мало), спрямованих на підрив стабільності, повалення легітимного уряду і зміну діючого політичного ладу, отримання впливу на суспільство і його дестабілізацію шляхом обману та подібних маніпуляцій [1, с. 67].

Наше сучасне життя вже немислиме без такої категорії як «інформатизація», адже ефективність застосування різноманітної інформації у суспільстві за допомогою інформаційних технологій щодня підвищується. Українці давно вже встали на шлях трансформації в інформаційне суспільство. І хоча тепер нам доступні практично необмежені знання, інформатизація справила і значний негативний вплив, що, зокрема, проявилось у розгортанні опонентами інформаційних воєн. Як відзначають Ю. Юринець та Л. Белкін, обговорювана категорія також вилилася у масове поширення небажаного культурного вмісту, а з ним і – утилітарних цінностей, що дало можливість сформувати спотворену авторитарну систему цінностей замість гуманістично-ліберальної. І таке відбувається одночасно і на рівні окремих осіб, і на рівні країни в цілому [2, с. 18].

Що стосується поняття «інформаційна війна», то вперше дана категорія отримала офіційне закріплення у 1992 році в директиві Міністерства оборони США DOD S 3600.1. Цей акт розумів розглянуту категорію дуже вузько, як різновид радіоелектронної боротьби. Через 4 роки Роджером К. Моландером та іншими був введений термін «стратегічна інформаційна війна (інформаційне протистояння)», що має на увазі під собою війну з метою посилення впливу на інформаційні ресурси, яку ведуть у глобальному інформаційному просторі [3].

С. Іванов розглядає сутність інформаційної війни з точки зору тлумачень, в яких цей термін відноситься до сфери військового протистояння, тобто це військове протиборство або активність шляхом нанесення збитку інформаційним системам і ресурсам для отримання

інформаційної переваги. Є й інше визначення, що використовує вказаний вчений, розглядаючи саме інформаційно-психологічну війну, метою якої є змусити групу осіб діяти врозріз зі своїми інтересами, і таке можливе шляхом впливу на суспільну свідомість [4, с. 279].

Як зазначає М. Нестерова, в інформаційній війні завжди програє той, хто каже правду. При цьому досліджуваний термін розглядається як цілеспрямовані дії щодо систематичного поширення спеціально підготовлених знань з метою досягти певних політичних, економічних, військових чи інших результатів [5].

Якщо звернутися до українського законодавства, то чинний раніше Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки ...» від 29.12.2012 року «Про стратегічний оборонний бюлетень...» під інформаційною війною мав на увазі особливу форму протистояння суб'єктів, при якій шляхом використання засобів масової інформації, комп'ютерних мереж і подібного здійснюється інформаційний вплив на суспільство, в результаті чого у останнього формується певна думка, а також має місце піддрив морального духу окремих інститутів або навіть всього українського суспільства в цілому [6].

Підсумовуючи вищевикладене, можна дати визначити інформаційній війні як сукупності методів і засобів подачі інформації з метою сформуванню у соціальної групи певну точку зору, вигідну організаторам інформаційної пропаганди і відповідної їй громадської думки. Це, в свою чергу, призведе до того, що у соціумі виникне особлива соціальна спільність, яка зміцнюватиме спеціальний світогляд із питання, через яке в минулому були протиріччя.

В Україні на перший план сьогодні вийшов розвиток інформаційного суспільства, а тому гібридна війна, яку веде Росії проти нашої країни, змусила вчених і практиків шукати ефективні рішення для протидії інформаційним протистоянням. Як зазначають Ю.Л. Юринець та інші, існує необхідність міждисциплінарного підходу до вирішення зазначеної проблеми, з урахуванням норм інформаційного права, наявних і розроблюваних технологій і навіть військової справи. І саме закон, на думку експертів, має стати головним інструментом реалізації національних інтересів у досліджуваній сфері [2, с. 21]. Дійсно, саме закон може відчутно впливати на підвищення рівня організації та ефективності діяльності всередині держави, на розвиток економічної, культурної та науково-технічної сфер, на раціональне використання ресурсів і їх відповідний захист, що і призведе в результаті до зростання рівня життя українців.

У зв'язку із зазначеним, визначимо особливості правового регулювання державного інформаційного поля на тлі інформаційної війни. Для нашої країни важливе значення має прийнята восени 2016 року Європейським парламентом резолюція про стратегічні комунікації ЄС для протидії пропаганді проти Союзу з боку третіх осіб, відома також як «резолюція щодо протидії російській пропаганді». Згідно із даним актом, російська пропаганда – це частина «гібридної війни», метою її є спотворення правди з одночасним внесенням сумнівів і ворожнечі між державами-членами Союзу. І така війна, згідно із резолюцією, націлена на ослаблення стратегічної єдності Євросоюзу і його північноамериканських партнерів, також вона паралізує процес прийняття рішень, дискредитує інститути даного економічно-політичного об'єднання і трансатлантичне партнерство. У документі вказується і те, що Європарламент визнає факт агресивного використання Російської Федерацією широкого спектра інструментів для розколу Європи, створення відчуття розбіжностей між східними країнами Союзу, нападу на демократичні цінності. І такі інструменти включають в себе аналітичні центри, спеціальні фонди, спеціалізовані установи, багатомовні телеканали, соціальні мережі, так звані інформаційні агентства, мультимедійні служби, транскордонні соціальні та релігійні групи і навіть інтернет-тролів [7].

В Україні також прийнята велика кількість нормативно-правових актів щодо інформації та інформаційного простору, а саме закони «Про інформацію», «Про інформаційні агентства», «Про пресу», «Про друковані ЗМІ», а також Концепція

Національної програми інформатизації тощо. Відносно забезпечення інформаційної безпеки країни згадаємо Доктрину інформаційної безпеки України від 2017 року. Саме в цьому документі зроблено спробу визначити і погодити повноваження влади і правоохоронних органів з питання захисту і українського суспільства, і в цілому України і в інформаційному полі, і окремо в українському інформаційному просторі. Даний НПА роз'яснює основи формування і реалізації інформаційної політики держави, і, в першу чергу, торкнувся питання саме протидії деструктивному інформаційному впливу Росії у гібридній війні. Доктрина чітко розмежує питання державних і стратегічних комунікацій, тим самим дозволяючи уникнути певного дублювання і приділити достатню увагу проблемам стратегічних комунікацій із урахуванням сектору безпеки і оборони. Цікавою новацією є офіційне закріплення у документі терміна «стратегічний наратив», під яким розуміється спеціально розроблений текст для усного викладу при комунікації, що припускає інформаційний вплив на цільову аудиторію [8].

Восени 2020 року у Верховній Раді України було зареєстровано два законопроекти з даної теми: №4188, який наполягає на забороні трансляції суб'єктів теле-радіомовлення, які заперечують військову агресію РФ проти нашої країни; і №4189 про введення кримінальної відповідальності за публічне заперечення факту зазначеної агресії, окупації частин України, ведення проти нас гібридній війни, створення і поширення матеріалів аналогічного змісту. На даний момент документ №4188 знаходиться на розгляді комітетів з гуманітарно-інформаційної політики і питань правоохоронної діяльності, а №4189 вже був знятий з розгляду.

Отже, підсумовуючи сказане, для захисту українського інформаційного простору і безпосередньо національної безпеки країни рекомендуємо:

- провести реформування і поліпшення інформаційної політики держави у відповідності із нормативно-правовою базою, яка застосовується на міжнародному рівні;
- систематично блокувати веб-сервіси, які можуть загрожувати національній інформаційній безпеці;
- ретельно контролювати доведення до населення правдивої інформації;
- вести просвітницьку діяльність серед українців за тематикою кібер-гігієни;
- проводити ретельні і часті перевірки у середовищі власників українських медіа ресурсів з обов'язковим звільненням тих, хто "проштрафився";
- всіляко обмежувати надходження інформації з боку країни-агресора до населення непідконтрольних територій;
- сприяти розвитку вітчизняних засобів масової інформації;
- максимально сприяти укоріненню і просуванню позитивного іміджу України серед інших країн і світового співтовариства за допомогою використання інформаційних технологій.

Безсумнівно, в нашій країні вже сформована система законодавчих механізмів щодо забезпечення інформаційної безпеки і протидії інформаційній війні з боку РФ. Але вони вимагають доопрацювань, адже ворог відчутно випереджає нас у розвитку технологій і методик ведення війни. Тому особливо важливим вважаємо розробку і активне наслідування стратегії поведінки у інформаційній війні, до чого варто залучити як політологів, так і технічних фахівців, і представників академічного сектора в галузі інформаційного права.

Література

1. Monaghan A. The 'War' in Russia's 'Hybrid Warfare'. *Parameters*. 2015. Vol. 45, no. 4. P. 65–74.
2. Sopilko I. M., Iurynets J. L. Problems of implementation of state policy in the field of information security of Ukraine : Collective monograph. Ottawa : Accent Graphics Communications & Publishing, 2020. 212 p.
3. Zaidy A. A. Information warfare. ResearchGate. URL: https://www.researchgate.net/publication/349043632_Information_Warfare (date of access: 18.08.2021).

4. Ivanov S. Information Warfare: Its Contents and Forms. *Izvestiya of Altai State University*. 2013. P. 276–279. URL: [https://doi.org/10.14258/izvasu\(2013\)4.2-54](https://doi.org/10.14258/izvasu(2013)4.2-54) (date of access: 18.08.2021).

5. Павлушенко Т. Информационные войны: как манипулируют нашим сознанием. *LIGA*. URL: <https://biz.liga.net/all/all/article/informatsionnye-voyny-kak-manipuliruyut-nashim-soznaniem> (дата звернення: 18.08.2021).

6. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2012 року "Про Стратегічний оборонний бюлетень України" / Офіційний вебпортал парламенту України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/771/2012#Text> (дата звернення: 18.08.2021).

7. Кривцун Я. Європарламент прийняв резолюцію про протидію російській пропаганді. *Зеркало недели | Дзеркало тижня | Mirror Weekly*. URL: https://zn.ua/ukr/WORLD/evroparlament-priynuv-rezolyuciyu-pro-protidiyu-rosiyskiy-propagandi-225409_.html (дата звернення: 18.08.2021).

8. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року «Про Доктрину інформаційної безпеки України». Указ Президента України від 25.02.2017 р. № 47/2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/47/2017> (дата звернення: 18.08.2021).

Суб'єкти створення медичних стандартів: адміністративно-правові засади

Стеценко В.Ю., д.ю.н., професорка

Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова

Медична реформа є однією із найбільш затребуваних в Україні. Одним з її важливих елементів є нормативно-правове забезпечення. Керуючись розумінням здоров'я як важливої особистої, суспільної та державної цінності, з позицій правової науки варто запропонувати належні шляхи удосконалення забезпечення прав, свобод та законних інтересів громадян у сфері медичної діяльності. Одним із таких шляхів, безсумнівно, може вважатись стандартизація. Явище, яке сприятиме однаково сприйняттю сутності медичного втручання, вимог до медичних працівників та оснащення лікувально-профілактичних закладів тощо.

Перше, на чому необхідно зупинитись, – це проблема організаційної побудови системи стандартизації. Іншими словами, де саме і хто повинен розробляти медичні стандарти? На думку Я.М. Шатковського, суб'єктами розроблення медичних стандартів можуть бути:

а) загальнодержавні структури стандартизації, які розробляють нормативи, правила, еталони до більшості технологій, процесів, процедур, послуг тощо (в Україні цей орган називається Держспоживстандартом);

б) медичні структури системи центрального органу виконавчої влади, що здійснює державне регулювання у сфері охорони здоров'я (в Україні – це Міністерство охорони здоров'я України);

в) окремі лікувально-профілактичні заклади з метою їх втілення у життя на клінічних базах виключно цих закладів;

г) наукові організації, котрі фінансуються державою і є незалежними від центрального органу виконавчої влади, який здійснює державне регулювання у сфері охорони здоров'я (в Україні – це Національна академія медичних наук, далі – НАМН України);

д) професійні медичні асоціації та інші професійні громадські організації [1, с. 126-127].

Проте, як видається, навряд чи всі із зазначених вище структур можуть бути сприйняті як джерело розробки медичних стандартів. Зупиняючись на двох останніх групах, варто вказати, що наукові організації, котрі фінансуються державою і є незалежними від Міністерства охорони здоров'я України (йдеться про НАМН України), є важливими у контексті стандартизації. Необхідно говорити про залучення даних фахівців до процесу

стандартизації. Проте чи свідчить це про ексклюзивне право науковців на розробку певних медичних стандартів? Думаю, що ні. Адже медичні стандарти – це не найвищі наукові досягнення, це перевірені практикою очікувані результати лікування, які настають при застосування типових, традиційних медичних маніпуляцій. Як зазначає С.Г. Стеценко стосовно НАМН України, академія – це державна наукова організація з проблем медицини та охорони здоров'я, заснована на державній власності, яка діє відповідно до законодавства України на самоврядній основі. Академія об'єднує у своєму складі дійсних членів (академіків), членів-кореспондентів та іноземних членів, що обираються загальними зборами Академії, та всіх наукових співробітників, що працюють у наукових установах Академії, для спільного проведення досліджень у галузі медичних наук та охорони здоров'я з метою поліпшення здоров'я та продовження життя населення. Самоврядність Академії полягає у самостійному визначенні тематики досліджень, своєї структури, вирішенні науково-організаційних, господарських, кадрових питань, здійсненні міжнародних наукових зв'язків [2, с. 462].

Чи можуть професійні медичні асоціації та інші професійні громадські організації бути одноосібними авторами розробки медичних стандартів? Є значні сумніви, оскільки мова йде про формально незалежні від держави структури. Професійні медичні асоціації та інші професійні громадські організації є одними із прикладів громадянського суспільства. Чи може держава виступати гарантом діяльності громадських організацій у сфері запровадження медичних стандартів, котрі у подальшому мають стати загальнообов'язковими? Питання навряд чи має позитивну відповідь. Навіть визначений чинним законодавством перелік прав громадських організацій свідчить, що делегування державою їм повноважень стосовно розробки загальнообов'язкових медичних стандартів не є оптимальним кроком.

На наше переконання, мета розробки адміністративно-правового забезпечення стандартизації в охороні здоров'я дозволяє запропонувати створення Українського центру медичної стандартизації. Ця структура має бути у державній власності, проте не входити до системи Міністерства охорони здоров'я України. Принциповими аспектами її побудови мають стати:

- залучення представників органів управління охорони здоров'я;
- залучення на договірних засадах провідних фахівців – практиків та науковців у тій сфері медицини, стосовно якої створюються стандарти;
- участь у роботі Українського центру медичної стандартизації представників страхових медичних організацій;
- погодження стандартів із Фондом обов'язкового медичного страхування;
- широке громадське обговорення перед прийняттям чи затвердженням медичного стандарту.

Організаційно-штатна структура Українського центру медичної стандартизації повинна включати у себе наступні обов'язкові складові частини:

1. Керівництво Українського центру медичної стандартизації:
 - Голова центру;
 - Перший заступник Голови центру;
 - 2 заступника Голови центру.
2. Управління Українського центру медичної стандартизації:
 - створення стандартів оснащення лікувально-профілактичних закладів;
 - створення стандартів здійснення адміністративних процедур у сфері охорони здоров'я;
 - створення стандартів лікування терапевтичних хвороб;
 - створення стандартів лікування хірургічних хвороб;
 - створення стандартів лікування дитячих хвороб;
 - створення стандартів у сфері забезпечення лікарськими засобами.
3. Відділи Українського центру медичної стандартизації:

- кадрів;
- матеріально-технічного забезпечення;
- науково-методичного забезпечення;
- адаптації позитивного зарубіжного досвіду стандартизації.

На завершення вкажу, що при такому варіанті створення єдиної державної структури стандартизації ми зможемо забезпечити реальне втілення у життя ідеології запровадження медичних стандартів у практику діяльності вітчизняної охорони здоров'я в умовах запровадження в Україні обов'язкового медичного страхування.

Література

1. Шатковський Я.М. Стандартизація у системі обов'язкового медичного страхування в Україні (адміністративно-правовий аспект): дис. ... кандид. юрид. наук: 12.00.07. К., 2009. 206 с.
2. Стеценко С.Г. Адміністративне право України: навч. посіб. Вид. 2-ге, перероб. та доп. К.: Атіка, 2009. 640 с.

Біоюриспруденція: до питання про правову сутність

*Стеценко С.Г., д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України
Верховний Суд*

Наразі актуальною проблемою розвитку системи права України є поява нових правових утворень, котрі мають підстави для відносно самостійного функціонального існування та пошуку шляхів належного врегулювання суспільних відносин, що знаходяться у їх рамках. Серед них, без всякого сумніву, виокремлюється біоюриспруденція.

Термін «біоюриспруденція» в науковий обіг вперше увів польський дослідник Роман Токарчик, професор Люблінського університету імені Марії Кюрі-Складовської. У 2008 році світ побачила його монографія «Біоюриспруденція. Засади права для XXI століття» [1]. У самому широкому розумінні походження поняття біоюриспруденції пов'язане із грецьким словом «bios» – життя та латинським «juris prudentia» – знання про право.

Нам видається, що ключовими факторами, котрі свідчать про необхідність виокремлення біоюриспруденції як новітнього науково-правового утворення є наступні:

- життя людини – найвища біосоціальна цінність – безпосередній об'єкт біоюриспруденції. Констатуємо, що життя людини є поза конкуренцією у ієрархії біосоціальних цінностей. Це пов'язано із розумінням важливості біологічної складової (фізична можливість жити, існувати, бути) та соціальної складової життя людини (наявність можливостей для участі у суспільних відносинах, виникнення прав та обов'язків, реалізація себе як члена суспільства тощо);

- потреба всебічної охорони та захисту життя людини за допомогою правових засобів. В цьому контексті заслуговує на цілковиту підтримку позиція провідного вітчизняного теоретика права П. Рабіновича, автора потребової концепції праворозуміння, котрий стверджує, що «право – це об'єктивно зумовлені біологічними та соціальними факторами конкретні й реальні можливості задоволення потреб (інтересів) суб'єктів соціуму, справедливо збалансовані з можливостями задоволення потреб (інтересів) інших суб'єктів та й усього суспільства» [2, с. 137]. Зазначена позиція цілковито може бути сприйнята і у сенсі розвитку біоюриспруденції, оскільки тут задоволення потреб окремих людей (скажімо, у клонуванні, трансплантації органів, доступу до програм генетичного консультування) дійсно має бути збалансоване можливостями задоволення потреб інших людей та суспільства у цілому;

- інтенсивний розвиток нових біомедичних технологій як інструмента поліпшеного існування людини та каталізатора суспільних викликів. На перший погляд, такі напрями сучасної біомедицини як генетика, сурогатне материнство, клонування, трансплантація органів і тканин несуть із своїм розвитком лише позитив, адже дозволяють

покращити якість життя, збільшити її тривалість, зменшити вірогідність негативних проявів. Проте, при більш детальному аналізі інтенсивного розвитку нових біомедичних технологій, постає низка проблем морального-етичного, правового та загальносоціального характеру. Приміром клонування, попри те, що надає можливість створення нових живих істот (в тому числі людей), є фактором загрози для людської гідності, потенційно небезпечним феноменом з точки зору непередбачуваності можливих наслідків. Чи трансплантація органів і тканин людини, зважаючи на її очевидну користь у вигляді можливості дати людині шанс на життя при невиліковній хворобі, демонструє тенденції до криміналізації, проблемний характер вилучення трансплантатів із тіла померлої людини тощо;

- відставання права як регулятора суспільних відносин від здобутків біології і медицини та необхідність його подолання. Ідеальною моделлю правового регулювання є така, за якої суспільство (держава) попередньо напрацьовують нормативно-правові акти, положення яких регулюватимуть суспільні відносини, що виникатимуть у нових напрямках біології та медицини. Мета такого підходу полягає у намаганні розвивати подібні напрями у передбачуваному, вигідному для суспільства напрямі. Та зазвичай так буває не завжди. Адже нерідко доволі складно прогнозувати результати тих відкриттів, які характеризуватимуть наукові пошуки у галузі біології та медицини. Тому справедливою слід визнати позицію авторського колективу під керівництвом В.П. Сальнікова, котрий вважає, що «широке застосування біотехнологій супроводжується на сьогодні недостатністю, а іноді повною відсутністю спеціального правового регулювання у цій сфері діяльності. При тому, багато досягнень біомедицини у силу своєї крайньої затребуваності починають застосовуватись, так і не отримавши справжнього регулювання з боку права. Ця обставина тягне за собою серйозні порушення прав та інтересів людей. Одночасно із цим відсутність законодавчої бази призводить до гальмування розвитку інших перспективних технологій» [3, с. 3].

Ми пропонуємо наступне визначення: біоюриспруденція – це новітнє науково-правове утворення, в основі якого лежить сприйняття життя людини у якості найвищої біосоціальної цінності, метою якого є забезпечення та захист правовими засобами життя людини у зв'язку з інтенсивним розвитком біології та медицини. Таке визначення дозволяє чітко усвідомити життя людини у якості альфи та омеги біоюриспруденції, а також окреслити її практичну спрямованість – забезпечення та захист життя людини у зв'язку із інтенсивним розвитком нових біомедичних технологій.

Принципами, ключовими ідеями біоюриспруденції є наступні:

- а) сприйняття життя людини як найважливішої цінності;
- б) розвиток нових біомедичних технологій з урахуванням перш за все захисту прав, свобод та законних інтересів людини;
- в) суспільно контрольовані процеси наукового та біомедичного втручання в процеси виникнення, відтворення, збереження та припинення життя;
- г) повага до людської гідності та всіляке намагання забезпечити реалізацію права людини на достойне життя;
- д) відповідальність перед майбутніми поколіннями за забезпечення здорового потомства та придатного для життя навколишнього середовища;
- е) розумне поєднання та взаємозбагачення результатів соціальних та біологічних наук, які торкаються життя людини, його виникнення, розвитку та забезпечення;
- є) пріоритетність для держави соціальної складової її політики та сприяння реалізації права людини на охорону здоров'я.

Структура ж біоюриспруденції вбачається наступною. Пропонується виокремлювати три її складових частини:

- 1) правова перинатологія;
- 2) правова соматологія;
- 3) правова танатологія.

Говорячи про правову перинатологію (від др.-грецького *perī* – навколо + лат. *natus* – народження + др.-грецького. *λόγος* – вчення, наука) ми маємо на увазі складову частину

біоюриспруденції, котра досліджує правові аспекти життя людини з моменту запліднення до народження.

Говорячи про правову соматологію (від грецького soma – тіло) ми маємо на увазі складову частину біоюриспруденції, котра досліджує правові аспекти життя людини з моменту народження до моменту смерті, в основі якої знаходиться право людини за життя вільно розпоряджатися своїм тілом.

Говорячи про правову танатологію (від грецького θάνατος – смерть + λόγος – вчення, наука) ми маємо на увазі складову частину біоюриспруденції, котра досліджує правові аспекти кінцевого етапу життя людини, процесу помирання та періоду часу, поки смерть людини продовжує мати певні біосоціальні наслідки.

На завершення зазначимо, що у правовій науці є певні складнощі стосовно напрацювання понятійно-категоріального апарату, який би носив узагальнюючий теоретико-правовий характер. Стосовно біоюриспруденції такою проблемою є належне відмежування її від філософської антропології, загальної теорії прав людини, медичного права та біоетики [4, с. 198-202]. Проте ми вважаємо, що «претензії» біоюриспруденції стати новим дороговказом для розуміння права, де найсуттєвішою цінністю є життя людини, мають обґрунтоване право на існування.

Література

1. Tokarczyk R.A. Biojurisprudencja: podstawy prawa dla XXI wieku. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Sklodowskiej, 2008. 109 s.
2. Рабінович П. Європейська конвенція з прав людини: філософсько-антропологічні та гносеологічні засади її застосування страсбурзьким судом. *Право України*. 2010. № 10. С. 135-145
3. Сальников В.П. Биомедицинские технологии и право в третьем тысячелетии. Научное издание / Сальников В.П., Старовойтова О.Э., Никитина А.Е., Кузнецов Э.В. [Под ред. В.П. Сальникова]. СПб.: Фонд “Университет”, 2003. 256 с.
4. Стеценко С. Біоюриспруденція – фундаментальна частина сучасного загальнотеоретичного правознавства. *Право України*. 2013. № 9. С. 194–216.

Державне бюро розслідувань як суб’єкт забезпечення національної безпеки України

*Столбовий В.М., д.ю.н., доцент
Національна академія Служби безпеки України*

Велика кількість державних органів, відповідно до чинного законодавства, наділена повноваженнями щодо забезпечення національної безпеки України, що є, на сьогодні, одним із пріоритетних завдань держави задля належного функціонування всіх напрямків її діяльності. Не виключенням є і Державне бюро розслідувань (далі – ДБР), яке функціонує на рівні з іншими державними правоохоронними органами та виконує завдання щодо запобігання, виявлення, припинення, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до його компетенції [1]. Необхідно зазначити, що перша редакція Закону України «Про Державне бюро розслідувань» передбачала інший правовий статус цього органу – центральний орган виконавчої влади, що здійснює правоохоронну діяльність. Так, якщо проаналізувати Закон України «Про національну безпеку», Державне бюро розслідувань чітко не зазначено серед переліку органів, що входять до складу сектору безпеки та оборони. Натомість, виходячи із змісту частини 2 статті 12 вище зазначеного Закону, ДБР, як державний орган, здійснює свої функції із забезпечення національної безпеки у взаємодії з органами, які входять до складу сектору безпеки і оборони [2]. Така взаємодія відбувається через реалізацію відповідних повноважень ДБР.

В. Макарчук, розглядаючи характеристику правоохоронних органів у сфері національної безпеки України, пропонує віднести ДБР до переліку суб’єктів, які забезпечують національну безпеку й оборону держави, відповідно до його завдань

визначених Законом. У такому контексті, автор виокремлює повноваження ДБР щодо протидії корупційним правопорушенням, оскільки корупція впливає на належне функціонування національної безпеки держави [3, с. 23].

Є. Кобко, виділяючи Збройні Сили України як основний орган, який забезпечує національну безпеку держави, також відносить до цієї системи усі силові структури держави, включаючи ДБР, підкреслюючи, що їх основне завдання – забезпечення високого рівня захищеності національних інтересів, у контексті чого створюються належні умови для стабільного розвитку кожної особистості, суспільства та держави [4, с. 115].

О. Пархоменко-Куцевіл до основних елементів системи політики безпеки України в контексті запобігання та боротьби з корупцією на рівні із об'єктами, методами, механізмами забезпечення безпеки держави, зовнішніми та внутрішніми загрозами, відносить, також, суб'єкти забезпечення безпеки держави, серед яких окремо виділяє ДБР [5, с. 94].

Перспективи ефективної діяльності ДБР щодо розкриття та розслідування злочинів, вчинених організованими злочинними угрупованнями прямо впливають на належне забезпечення національної безпеки України, що підтверджує необхідність функціонування в державі єдиного правоохоронного органу, уповноваженого здійснювати оперативно-розшукові заходи і досудове розслідування таких злочинів в найбільш важливих для забезпечення національної безпеки сферах.

Серед основних завдань, відповідно до чинного законодавства, ДБР вирішує завдання із запобігання, виявлення, припинення, розкриття і розслідування військових злочинів та злочинів військових посадових осіб, що впливає на забезпечення національної безпеки України. Одним із нещодавніх прикладів вирішення таких завдань є розслідування слідчих ДБР, які повідомили про підозру колишньому директору Департаменту Міністерства оборони України, який закупив неякісну техніку на понад 8,7 млн. гривень. Посадовець, зловживаючи владою, закупив так звані антиснайперські системи. Експертиза встановила, що прилади непридатні для використання у Збройних Силах України. Вони містили демаскуючі елементи, що становило загрозу для життя та здоров'я військовослужбовців під час використання зазначених приладів у бойових умовах [6].

Нами наведені тільки деякі приклади діяльності Бюро у сфері національної безпеки, тому підсумовуючи, необхідно зазначити, що ДБР є правоохоронним органом, що здійснює свою діяльність відповідно до законодавства України, а також реалізує свої повноваження, в тому числі, для ефективного забезпечення національної безпеки України. Тому, вважаємо за необхідне включити ДБР до переліку органів сектору безпеки і оборони і внести відповідні зміни до частини 2 статті 12 Закону України «Про національну безпеку України».

Література

1. Про Державне бюро розслідувань : Закон України від 12.11.2015 р. № 794-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-12>.
2. Про національну безпеку України : Закон України від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/page2>.
3. Макарчук В.В. Характеристика правоохоронних органів як суб'єктів формування та реалізації державної політики у сфері національної безпеки й оборони держави. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 1. С. 21-24.
4. Кобко Є.В. Система забезпечення національної безпеки України: елементи та характер їх реалізації в сучасних умовах. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 4. С. 112-116.
5. Пархоменко-Куцевіл О.І. Формування політики державної безпеки в контексті запобігання та протидії корупції. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2019. Вип. 1(40). С. 90-95.
6. ДБР повідомило про підозру високопосадовцю Міноборони який завдав збитків державі на 8,7 млн гривень. Для ЗМІ/НОВИНИ/16.08.2021. URL: <https://dbr.gov.ua/news/dbr-povidomilo-pro-pidozru-eksvisokoposadovcyu-minoboroni-yakij-zavdav-zbitkiv-derzhavi-na-8-7-mln-grn>.

Роль громадських організацій у сфері протидії змінам клімату в Україні: окремі адміністративно-правові аспекти

Сушик О.В., к.ю.н., докторантка

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

На сьогодні в Україні ми уже спостерігаємо як екстремальні погодні явища (наприклад бурі, повені, підтоплення, посухи), призводять до певних руйнівних наслідків. Так, підвищення температури в літку є причиною збільшенню лісових пожеж на півночі України (зокрема, в Чорнобильській зоні відчуження), опустелювання південних і південно-східних регіонів України, а аномально теплі температури взимку приводять до весняних повеней та підтоплень на Закарпатті та в гірських районах Карпат.

Для протидії змінам клімату необхідним є розвиток національної кліматичної політики спрямованої на зменшення викидів парникових газів і адаптацію до глобальних змін клімату. Вагому роль у формуванні та здійсненні політики протидії змінам клімату відіграє і громадськість. Саме забезпечення ефективної та змістовної участі громадськості (громадських організацій) у прийнятті рішень, пов'язаних з протидією змінам клімату, має вирішальне значення для забезпечення того, щоб політика була розроблена таким чином, щоб враховувати права громадян, зміцнювати громадську підтримку заходів спрямованих на протидію змінам клімату.

Теоретико-правовим аспектам функціонування громадських організацій з точки зору адміністративного права присвячено велика кількість наукових праць. Зокрема, В.Б. Авер'янов, Є.Є. Додіна, К.О. Меркулова, О.О. Юлдашев, Б.В.Чернявська та ін. Так, на думку К.О. Меркулової громадська організація визначається як «недержавне, добровільне об'єднання громадян, об'єднаних спільною метою щодо реалізації і захисту прав, а також соціальних, економічних, творчих, вікових, національнокультурних, спортивних та інших спільних інтересів, що здійснює вплив на суспільно-політичне життя та не ставить за основну мету свого існування отримання прибутку» [1, с. 8].

О. О. Юлдашев вживає поняття недержавних громадських організацій і розглядає їх через «об'єднання, що утворюється громадянами України відповідно до Конституції на добровільній основі з метою задоволення і захисту своїх законних соціальних інтересів (досягнення легітимних цілей), діє прозоро і відкрито, у якого отримання прибутку від своєї діяльності не є головною метою, а засобом для виконання власних статутних цілей» [2, с. 3].

Визначення громадської організації передбачено й Законом України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 року № 4572-VI [3] зокрема громадською організацією визначається добровільне об'єднання фізичних осіб для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів [ст. 1]. Таким чином на законодавчому рівні термін «громадська організація» асоціюється через поняття «об'єднання фізичних осіб». В той час на підзаконному рівні, зокрема наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 18.12.2003 р. № 168 «Про затвердження Положення про участь громадськості у прийнятті рішень у сфері охорони довкілля» [4], під громадськістю розуміється одна або більше фізичних чи юридичних осіб, їх об'єднання, організації або групи, які діють згідно з чинним законодавством України або -практикою.

В.Б. Авер'янов адміністративно-правовий статус громадських об'єднань визначав як «сукупність прав та обов'язків, які реалізуються в адміністративних правовідносинах, що виникають між громадськими об'єднаннями і державними органами, органами місцевого самоврядування» [5, с. 22].

Права громадських організацій у сфері протидії змінам клімату передбачені як Законом України «Про громадські об'єднання»(ст. ст. 21, 23, 24), так і законодавством у сфері охорони навколишнього природного середовища(враховуючи те, що клімат, є невід'ємним елементом навколишнього природного середовища). Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р. № 1264-XII [6], у ст. 21. визначає повноваження громадських організацій у галузі охорони навколишнього

природного середовища, однак вони є загальними і не відображають особливостей правової протидії зміні клімату.

Звертаючи увагу на те, що зміни клімату діють у глобальному масштабі, задля правового аналізу прав громадських організацій у сфері протидії змінам клімату звернемося до міжнародно-правових актів у цій сфері.

Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля від 25.06.1998 р. [7], забезпечує участь громадськості в прийнятті рішень щодо видачі дозволу на певні види діяльності (ст. 6), у розробці планів і програм (політичних документів), пов'язаних з навколишнім середовищем (ст. 7), у підготовці державними органами нормативних положень, які мають безпосередню виконавчу силу, та інших загальноприйнятих юридичних правил (ст. 8). Громадськості, відповідно до даного міжнародного документу, забезпечується доступ до правосуддя з питань що стосується довкілля. Зокрема ч.2 ст. 9 передбачає, що представники зацікавленої громадськості, які проявляють достатню зацікавленість, або які вважають, що мало місце порушення того чи іншого права, коли це обумовлено адміністративно-процесуальними нормами відповідної сторони, мати доступ до процедури перегляду прийнятих рішень в суді, з метою оскарження законності будь-якого рішення, дії або бездіяльності з правового та процесуального погляду.

Рамкова конвенція Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату від 9 травня 1992 року [8], визначає зобов'язання сторін-учасниць підтримувати найширшу участь неурядових організацій в процесі просвіти населення в питаннях змінах клімату (ч. 1 ст. 4), а також сприяти доступу до інформації та участі громадськості у розгляданні питань зміни клімату та їх наслідків і у розробленні відповідних заходів реагування (ч. 1 ст. 6).

Відповідно до Паризької конвенції від 12 грудня 2015 року [9], участь громадськості та її доступ до інформації під час прийняття рішень з питань охорони клімату є основним інструментом для забезпечення ефективної протидії змінам клімату. Ст. 12 ПУ безпосередньо наголошує на тому, що сторони повинні співпрацювати у здійсненні заходів щодо активізації інформування громадськості, широкій участі громадськості та доступу громадськості до інформації з питань зміни клімату. Окрім цього участь громадськості відповідно до Паризької угоди передбачається під час планування національно визначених внесків (ст. 4), під час заходів з адаптації до зміни клімату (ч. 5 ст 7), а також стосовно розбудови інституційної спроможності (ч. 2 ст. 11).

Виходячи з вищевикладеного, виділяємо такі права громадських організацій щодо протидії змінам клімату: 1) брати участь в процесі прийняття рішень щодо видачі дозволів на певні види господарської діяльності, що можуть негативно вплинути на навколишнє природне середовище та спричинити зміни клімату, 2) формувати кліматичну політику (стратегій, планів, програм щодо зменшення викидів парникових газів, поширення вироблення енергії від відновлювальних джерел та енергоефективності), 3) інформувати населення щодо причин виникнення змін клімату та адаптації до цих змін(інформаційно-просвітницька діяльність) , 4) брати участь у підготовці нормативно-правових актів, що спрямовані на протидію змінам клімату, 5) на звернення до суду, з метою оскарження будь-якого рішення, дії або бездіяльності з правового та процесуального погляду що може негативно вплинути на зміни клімату.

Література

1. Меркулова К. О. Адміністративно-правове регулювання діяльності громадських організацій : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь, 2014. 20 с.
2. Юлдашев О. О. Адміністративно-правове забезпечення діяльності недержавних громадських організацій в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2013. 19 с.
3. Про громадські об'єднання: Закон України від 22 березня 2012 року № 4572-VI База даних «Законодавство України». URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4572-17#Text> (дата звернення 17.08.2021)

4. Положення про участь громадськості у прийнятті рішень у сфері охорони довкілля наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 18 грудня 2003 р N 168 База даних «Законодавство України». URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0155-04#Text> (дата звернення 17.08.2021)

5. Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : у 2-х т. : Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). К. : Юридична думка, 2004. 584 с.

6. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-ХІІ База даних «Законодавство України». URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text> (дата звернення 17.08.2021)

7. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля від 25 червня 1998 року База даних «Законодавство України». URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_015#Text (дата звернення 17.08.2021)

8. Рамкова конвенція Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату від 9 травня 1992 року. База даних «Законодавство України». URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_044#Text (дата звернення 17.08.2021)

9. Паризька угода від 12 грудня 2015 р. База даних «Законодавство України». URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_161#Text (дата звернення 17.08.2021)

Забезпечення ефективного функціонування публічних адміністрацій: європейський досвід для України

Тильчик В.В., д.ю.н., професор

Шпак Н.А., доцент кафедри

Університет державної фіскальної служби України

Договори про Європейський Союз (далі – ЄС), Внутрішній ринок ЄС гарантують чотири «свободи» – вільний рух товарів; капіталу; послуг та людей між 28 державами-членами. Ці свободи забезпечені спільними політиками, що підтримуються взаємопов'язаними, сумісними мережами та системами. Люди можуть вільно працювати та переїжджати, а підприємства можуть вільно торгувати та працювати у всіх країнах-членах ЄС. Реалізація цих свобод передбачає взаємодію в електронному вигляді між державними адміністраціями держав-членів.

Для забезпечення взаємодії, ефективності, результативності, своєчасності та високої якості, а також скорочення бюрократичних процедур, зниження вартості та зусиль держави-члени модернізують свої публічні адміністрації шляхом запровадження цифрових державних послуг. Однак, існує ризик створити ізольоване цифрове середовище й, отже, електронні бар'єри, що можуть перешкоджати публічним адміністраціям взаємодіяти між собою та громадянами й бізнесом під час ідентифікації та використання доступних цифрових державних служб за межами країн ЄС.

Тому цифровізацію державного сектору необхідно забезпечити координацією на європейському та національному рівнях, уникати цифрової фрагментації послуг та даних, а також єдиному цифровому ринку ЄС працювати безперебійно.

Водночас виклики, що стоять перед Європейським Союзом, вимагають спільних політичних дій держав-членів та Європейської Комісії (далі – Комісія) через законодавство ЄС, що вимагає міжнародної взаємодії та впровадження сумісних систем. Такі системи, як викладено у стратегії єдиного цифрового ринку [1], мають на меті забезпечити ефективний зв'язок між цифровими компонентами такими як пристрої, мережі та сховища даних. Вони також пропонують забезпечення більш ефективних транскордонних зв'язків між громадами, державними службами та органами влади.

Європейська система взаємодії (далі – ЄСВ) [2] надає керівні настанови через набір рекомендацій, державним адміністраціям, як поліпшити управління їх взаємодії, встановлюють між організаційні відносини, раціоналізацію процесів, що підтримують

наскрізні цифрові послуги та забезпечують дотримання чинного та нового законодавства щодо сумісності. ЄСВ ґрунтується на основних принципах європейських державних послуг, а саме: субсидіарність та пропорційність; відкритість; прозорість; багаторазове використання; технологічна нейтральність та портативність даних; орієнтованість на користувача; включення та доступність; безпека та конфіденційність; багатомовність; адміністративне спрощення; збереження інформації; оцінка результативності та ефективності, а також включає такі шари сумісності: управління взаємодією; інтегроване управління державною службою; юридична, організаційна, семантична, технічна сумісність.

Метою ЄСВ є: розробка та надання європейськими державними адміністраціями безперешкодних європейських державних послуг іншим державним адміністраціям, громадянам та підприємствам, які, наскільки це можливо, цифрові за замовчуванням (надання послуг та даних, бажано через цифрові канали), транскордонні за замовчуванням (доступні для всіх громадян в ЄС) і відкриті за замовчуванням (надання можливості повторного використання, участі / доступу та прозорості); надання рекомендацій державним адміністраціям щодо розробки та оновлення національних систем взаємодії (далі – НСВ) або національної політики, стратегій та керівних принципів, що сприяють сумісності; сприяння встановленню єдиного цифрового ринку для транскордонної та міжгалузевої взаємодії, надання послуг європейськими державними службами.

Відсутність сумісності є основною перешкодою для прогресу Європейського цифрового ринку. Використання ЄСВ для керування європейськими ініціативами щодо сумісності сприяє узгодженню європейського скоординованого середовища та сприяє розвитку надання послуг всередині та між організаціями або доменами.

ЄСВ впроваджується та підтримується програмою ISA² [3] у тісній співпраці між державами-членами та Комісією (статті 26, 170 та 171 Договору про функціонування Європейського Союзу) [4], що закликає до встановлення оперативної сумісності транс'європейської мережі, що дозволить громадянам отримувати повноцінну вигоду від Європейського внутрішнього ринку. ЄСВ має бути загальною базою, яка застосовується до всієї публічної адміністрації в ЄС. У ній викладаються основні умови досягнення взаємодії, виступаючи спільним знаменником для відповідних ініціатив на всіх рівнях, включаючи європейський, національний, регіональний та місцевий, охоплюючи публічні адміністрації, громадян та підприємства. Документ адресовано для всіх, хто бере участь у визначенні, проектуванні, розробці та реалізації Європейської державної служби. Оскільки держави-члени мають різні адміністративні та політичні системи, національні особливості повинні бути враховані при перенесенні ЄСВ у національний контекст. Очікується формування політики ЄС та національної політики (наприклад, НСВ) на ЄСВ, шляхом додавання нових або доопрацювання наявних елементів. Подібним чином специфічні доменні рамки взаємодії (далі – ДРВ) [5] мають залишатися сумісними й, де це необхідно, розширити сферу дії ЄСВ для охоплення вимоги щодо сумісності відповідного домену. Це означає, що деякі елементи ЄСВ можна безпосередньо скопіювати в НСВ або ДРВ, тоді як інші потрібно контекстуалізувати та надалі пристосовувати з урахуванням конкретних потреб.

Як спільне ядро ЄСВ виступає елементом взаємодії для європейських країн між НСВ і ДРВ та забезпечує взаємозв'язок між ними. Відповідність ЄСВ гарантує, що НСВ і ДРВ розроблено скоординовано та узгоджено, забезпечуючи необхідну гнучкість для вирішення конкретних вимог, що надходять від національних або доменних конкретних вимог.

В останні десятиліття європейські державні адміністрації інвестували в інформаційно-комунікаційні технології (далі – ІКТ) для модернізації своїх внутрішніх операцій, зменшення витрат та вдосконалення послуг, які вони пропонують громадянам та бізнесу. Незважаючи на значний прогрес публічні адміністрації все ще стикаються зі значними перешкодами для обміну інформацією на рівні співпраці в електронній формі. Зокрема, законодавчі бар'єри, несумісність бізнес-процесів та інформаційних моделей, а також різноманітність використовуваних технологій. Історично склалося так, що інформація та системи були створені в державному секторі самостійно один від одного, а не скоординовано. Різноманітність інституційних конфігурацій по всій Європі додає ще один рівень складності на рівні ЄС. Сумісність є необхідною умовою для забезпечення

можливостей електронного зв'язку та обміну інформацією між державними адміністраціями. Вищезазначене є передумовою для досягнення єдиного цифрового ринку. Останнім часом, ЄС намагається розв'язувати питання оперативної сумісності на семантичному рівні. Управління, сумісність правових режимів, вирівнювання бізнес-процесів та безпечний доступ до джерел даних – це основні виклики, що слід розв'язати для надання повноцінних державних послуг.

ЄСВ сприяє електронному спілкуванню між Європейськими державними адміністраціями шляхом надання набору загальних моделей, принципів та рекомендацій. Визнає та наголошує на тому, що сумісність це не лише питання ІКТ, оскільки це має багато наслідків починаючи від юридичного і закінчуючи технічним. Впровадження системного підходу у всіх цих сферах і на різних адміністративних рівнях від місцевого до ЄС залишається проблемою. ЄСВ визначає чотири рівні взаємодії проблеми (юридичні, організаційні, семантичні та технічні) водночас вказуючи на суттєву роль управління в забезпеченні координації відповідних заходів на всіх рівнях та секторах публічної адміністрації.

Концептуальна модель ЄСВ для державних послуг охоплює проектування, планування, розробку, експлуатацію та обслуговування інтегрованих державних служб на всіх рівнях влади від місцевого до рівня ЄС. Викладені принципи керівництва процесом прийняття рішень щодо створення сумісних європейських державних служб пропонує практичні інструменти у формі набору дієвих заходів, що є ключовим інструментом для створення оперативних сумісних цифрових публічних послуг на регіональному, національному та європейському рівнях, тим самим сприяючи зростанню єдиного цифрового ринку.

Література

1. A Digital Single Market Strategy for Europe COM (2015) 192 final Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 6.5.2015. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192> (дата звернення: 30.08.2021).
2. New European Interoperability Framework Promoting Seamless Services and Data Flows for European Public Administrations. URL: https://ec.europa.eu/isa2/sites/default/files/eif_brochure_final.pdf (дата звернення: 30.08.2021).
3. Decision (EU) 2015/2240 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 Establishing a Programme on Interoperability Solutions and Common Frameworks for European Public Administrations, Businesses and Citizens (ISA² programme) as a Means for Modernising the Public Sector. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2015/2240/oj> (дата звернення: 30.08.2021).
4. Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union. Official Journal of the European Union C326/47 26.10.2012 URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (дата звернення: 30.08.2021).
5. Directive 2007/2/EC of the European Parliament and of the Council of 14 March 2007 Establishing an Infrastructure for Spatial Information in the European Community (INSPIRE). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32007L0002> (дата звернення: 30.08.2021).

Становлення спортивного права, як окремої сфери правового регулювання

*Ткалич М.О., к.ю.н., доцент
Запорізький національний університет*

На початку академічних досліджень, присвячених субстанціонуванню спортивного права як сфери правового регулювання, Davis (2001) ставилося запитання, яке, в принципі, є головним в будь-якій ситуації, коли постає вибір, виокремлювати чи ні нову самостійну галузь права. Отже, воно полягало в тому, чи дійсно спортивне право існує об'єктивно, чи це

лише об'єкт академічного інтересу або предмет дослідження, який не виділяється як окрема галузь, а існує розпорошено у вигляді окремих "іскор" різних, зазвичай пов'язаних між собою, галузей права.

Відомо, що вітчизняний дослідник Апаров (2017) навів таку характеристику концепції спортивного права, згідно з якою воно є відносно самостійною комплексною публічно-приватною галуззю права, поєднує в собі імперативні й диспозитивні методи правового регулювання, а також володіє комплексом важливих саме для нього як для галузі права понять таких як спорт, фізкультурно-оздоровча діяльність, спортивні змагання.

Як зазначає Siekmann (2012), спортивне право як самостійна галузь складається з публічної (*lex sportiva* (*sporting law*)) та приватної частин (*lex ludica* (*sportive law*)). На думку дослідника, ядро спортивного права складає т.з. "суддівське право": в регіональному публічному аспекті – рішення європейських судів, наприклад, Європейського Суду Справедливості, а глобально й в аспекті приватному – рішення, приміром, CAS.

Відомо, що сфера спорту, попри своє давнє існування, почала "легалізовуватися" в контексті загальної правової еволюції, тобто, бурхливий розвиток писаних законів як нормативно-правових актів саме в галузі спорту ми можемо засвідчити хіба що в ХХ столітті, до цього ж існують свідчення про поодинокі норми-приписи стосовно спортивних змагань, але їх природу можна описати як невід'ємну частину гри, тобто, правила спорту, тому юридичного навантаження, окрім як чогось схожого на звичаєве право, вони не несли. На фоні загального ускладнення життєдіяльності, "ущільнення" еволюції та інформатизації людства після ХХ століття ми можемо бути свідками того, як така галузь як спорт потребує регулювання поза звичайними правилами гри, особливо коли він вийшов на глобальний рівень, грошова винагорода популярних гравців сягає семизначних, а то й більше, сум, і загальна глобалізація натякає, що все, що безпосередньо стосується або обертається навколо спорту, як-то трансферні контракти, рекламні зобов'язання, спонсорство, право користування стадіонами, відповідальність за неспортивну поведінку, санкції за допінг, брутальність, виклики щодо расової нетерпимості в спорті тощо, стає занадто хаотичним, залишаючись в сфері регулювання окремих галузей права, тому потребує об'єднання та регулювання "під одним дахом", яким і виступатиме спортивне право. Але чи є цей процес штучним і ми його форсуємо, чи це було невідворотно, як поява, наприклад, медичного права, ІТ-права, космічного права тощо, дискусії щодо доцільності виділення яких досі ведуться? І, якщо справді цей процес виокремлення та "дроблення" галузей права не можна зупинити, чи означає це, що рано чи пізно ми врегулюємо взагалі кожний вид життєдіяльності, що спортивне право буде "дробитися" на право спортивної відповідальності, право спортивної оренди стадіонів, договірне спортивне право і так далі?

Перш за все, необхідність врегулювання тієї чи іншої сфери життєдіяльності, саме, суспільних відносин, диктується об'єктивною реальністю. Простіше кажучи, якщо чогось не існує – немає що й врегулювати. Наприклад, потреба врегулювати сферу ІТ диктується простим фактом появи більш технологічно розвинутих ЕОМ, тому закривати очі й робити вигляд, що мільйонів людей, які щоденно працюють в цій галузі, й їх відносини нічим не регулюються, стає об'єктивно неможливо. Тому що в цьому випадку все перетворюється на неврегульований хаос. Тим не менше, якщо ми стверджуємо, що не "біжимо попереду потяга", а все відбувається саме так, як має відбуватися, тому врегулювання спорту в якості виокремлення галузі спортивного права як автономного є радше об'єктивною потребою, ніж забаганкою законодавців, це не обов'язково свідчить про те, що в майбутньому кожний крок спортсмена буде прописаний у законі. Надмірна зарегульованість, як показує досвід, не призводить до процвітання, а лише сповільнює прогрес, тому в ідеалі закони мають бути написані таким чином, аби залишатися актуальними й століттями пізніше. Спортивне право ще чекають попереду такі виклики як врегулювання застосування *cybernetic implants, which enhance athlete performance* (McCaskill, 2019), регулювання (допущення / недопущення) до змагань людей, по відношенню до яких була застосована процедура генетичного модифікування за допомогою технології CRISPR (Brown, 2019), вже стоїть питання стосовно

ролі й допущення до участі в змаганнях трансгендерних осіб (Hargie, Mitchell, & Somerville, 2017), а ще на порозі виклики, пов'язані з використанням VR-технологій у сфері кіберспорту (Attwood, 2016; Solomon, 2020), валютних операцій у кіберспорті (Attwood, 2016; Sepkowitz, 2020), хакінгу, а з огляду на зазначене вище, й відповідальності за біохакінг у кіберспорті й багато-багато іншого, що вже складніше передбачити (Proman, n.d.; Kline, 2018; Kees Mons, 2020; Sepkowitz, 2020; Solomon, 2020). Дана теза підтверджується досвідом. Для її підтвердження наведемо приклад сумнозвісного південно-африканського легкоатлета Оскара Пісторіуса. За мірками нинішнього технологічного розвитку, його історія розвивалася відносно давно. В 2004 році він здобув золоту медаль Паралімпійських ігор (Jinkinson, 2011), а в 2012 взяв участь в Олімпійських іграх (Klemko, 2012). Весь цей час спортсмен користувався спеціальними протезами, що викликало гарячі дискусії серед спортивних експертів, чи не надають вони йому несправедливої переваги над іншими атлетами (Jinkinson, 2011; Klemko, 2012). Отже, уявіть, які дискусії викликатимуть описані вище футуристичні нововведення, зародки яких уже існують на даний момент. Тим не менше, на нашу думку, принципи права приватної власності, поваги до прав людини, справедливості, концепція верховенства права та інші надважливі ідеї мають допомогти у вирішенні майбутніх проблем у сфері спортивного права, тому проблемні питання, пов'язані з правовим статусом інтеграції інновацій у спорті будуть так чи інакше вирішуватися на основі загальних принципів більшою мірою приватного та меншою мірою публічного права.

Рекомендації FATF щодо протидії відмивання доходів: сучасний стан впровадження Україною

Устинова І.П., к.ю.н., доцентка

Панченко І.В., здобувач

Національний авіаційний університет

У процесі розвитку сучасних технологій світ зіткнувся з новою для нього проблемою – запобігання та протидія легалізації незаконних доходів. І з метою попередження та протидії незаконних фінансових операцій, пов'язаних з такою діяльністю, надзвичайно важливим для будь-якої країни є співпраця з відповідними міжнародними інституціями, однією з яких є група з протидії відмиванню брудних грошей (FATF).

Міжнародна група з протидії відмиванню брудних грошей (FATF) – це міжурядовий орган, метою роботи якого є розвиток і впровадження на міжнародному рівні заходів і стандартів з боротьби щодо відмивання грошей. FATF відслідковує процеси імплементації таких заходів, вивчає способи і техніку відмивання грошей, розробляє превентивні та запобіжні заходи, сприяє загальносвітовій імплементації стандартів боротьби з відмиванням грошей [1].

Україна знаходиться на початковому етапі впровадження рекомендацій FATF, які вже діють у багатьох країнах світу. Близько року тому наш уряд впровадив відповідне правове регулювання щодо операцій з криптовалютою, а саме, були внесені зміни до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдженню зброї масового знищення».

Згідно з оновленим законом, в Україні під фінансовий моніторинг підпали операції з віртуальними активами. До переліку суб'єктів первинного фінансового моніторингу додалися компанії, які надають послуги з обміну, зберігання, реалізації, переведення електронних грошей. У тому числі в цю категорію входять компанії, діяльність яких пов'язана з криптовалютами [2].

Якщо біржі, обмінники, банки або інші компанії здійснюють платежі у криптовалютах на суму більше 30 тис. грн в еквіваленті, вони мають перевірити таку операцію і зібрати детальну інформацію про клієнта. Клієнт у відповідь має надати вичерпну інформацію про походження і призначення своїх віртуальних активів. Якщо така операція здається

підозрілою, про неї необхідно повідомити у Державну службу з фінансового моніторингу. Все це потрібно для того, щоб переконатися, що клієнт не отримав ці кошти не законним шляхом [2].

Держфінмоніторинг має доступ до аналітичного продукту, який дозволяє проводити розслідування джерел походження криптоактивів і напрямків їх використання. Зупиняти такі операції зараз неможливо, але можливо блокувати криптогаманці й вилучати незаконно добуті криптоактиви. Це можна зробити, отримавши доступ до приватних ключів криптогаманця за результатами проведених комплексних розслідувань [3].

Однак варто зазначити, що суб'єкт фін моніторингу (банк чи інша установа) кожного разу не перевіряє і не допитує одного й того самого клієнта, який проводить одні й ті самі операції з криптовалютами. Клієнту треба один раз пояснити, чим він займається, що він робить і звідки в нього віртуальні активи; ця інформація збережеться в банку або в іншій фінансовій компанії, і допоки не виникне підозрілих дій з рахунком, клієнта не чіпатимуть [4].

Відповідно, ідеєю цього закону було легалізувати криптовалютний бізнес і дати можливість криптобіржам, обмінникам й іншим представникам криптоіндустрії доступ до банківської системи.

Даний закон діє вже близько року, однак стан сучасного крипторинку в Україні демонструє неготовність криптоіндустрії до будь-яких змін. На думку автора, це відбувається через недосконалість нашого законодавства у сфері криптоіндустрії, адже, по суті, наразі регулювання ринку криптовалют обмежується лише цим законом. Де-юре, ми намагаємось дотримуватись європейських директив та рекомендацій FATF, а де-факто, дедалі більше коштів щодня виводиться незаконним шляхом.

Автор вважає, що для врегулювання крипторинку Україні треба звернути увагу на досвід інших європейських країн, що вже давно впровадили рекомендації FATF в національне законодавство. Наприклад, Мальта і Естонія ввели спеціальні криптовалютні ліцензії на надання послуг, пов'язаних з віртуальними активами. Ця криптовалютна ліцензія дозволяє швидко відкрити рахунок в банку або в платіжній системі, однак передбачає декілька зобов'язань, зокрема і навідповідність AML законодавств України.

Англія ж обрала інший сценарій. У цій країні немає окремих криптовалютних ліцензій, але кожному бізнесу, пов'язаному з криптовалютою (обмінники, біржі, ICO, IEO провайдери, постачальники додатків криптогаманців), необхідно зареєструватися в FCA. Відповідно, для бізнесу в Англії обов'язковими є: 1) AML перевірка: постачальник послуг, пов'язаний з віртуальними активами, повинен знати походження коштів клієнта; 2) KYC перевірка: процедура верифікації. Законодавство Англії зобов'язує постачальників послуг, пов'язаних з віртуальними активами, мати як Compliance officer, так і відділ моніторингу фінансової безпеки. FCA контролює не тільки належний моніторинг транзакцій, а й безпеку зберігання коштів. За недотримання AML законодавства передбачена фінансова та кримінальна відповідальність [4].

Саме тому, автор переконаний в тому, що Україні варто спробувати дещо реформувати ринок криптовалют, взявши за основу законодавство інших країн, які є одними з передових в аспекті запобігання та протидії легалізації незаконних доходів. Наприклад, можна спробувати впровадити механізм криптовалютної ліцензії, який дозволить більш обдуманно організувати способи контролю над операціями віртуальних активів.

Отже, на сучасному етапі Україна ще не змогла створити злагоджену систему по роботі з крипторинком. Для ефективної боротьби з незаконним відмиванням доходів необхідно вдосконалювати сучасне українське законодавство та впроваджувати ефективні механізми легалізації доходів, отриманих незаконним шляхом, зокрема, дотримуючись рекомендацій FATF та спираючись та досвід інших європейських країн.

Література

1. Ustynova I. The current state of the legislative ensurance of the market regulation of crypto currency in Ukraine. *Наукові праці Національного авіаційного університету. Серія:*

юридичний вісник «Повітряне і космічне право». К.: Вид-во Нац. авіац. ун-ту «НАУ-друк», 2019. – Випуск 3(52)-2019 – С.95-101.

2. Сорок Рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF): Рекомендації КМУ від 25 вересня 2003 року. *Урядовий кур'єр*. 2003, № 179.

3. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 6 грудня 2019. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2020, № 25. Ст.171.

4. Криптовалюта під контролем: що нас чекає після введення нових правил фінансового моніторингу в Україні? *Платформа Ліга:Закон*: веб-сайт. URL: https://biz.ligazakon.net/analytics/194740_kriptovalyuta-pd-kontrolem-shcho-nas-cheka-pslya-vvedennya-novikh-pravil-fnansovogo-montoringu-v-ukran (дата звернення: 18.07.2021).

Концепція легітимного перегляду конституцій проф. Ю. Гачека

Федоренко В.Л., д.ю.н., професор, Заслужений юрист України, директор Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України

Важливим питання теорії та практики конституцій і конституціоналізму є питання про внесення до них змін і доповнень. Так, А. Дайсі у другій пол. XIX ст. поділяв відомі йому конституції на «рухомі», які можуть змінюватися «однаково легко, одним способом і однією й тією ж установою» [1, с. 142], та «неподатливі», коли конституції та конституційні закони не можуть бути змінені в такий же спосіб, як звичайні.

Потреба в перегляді конституцій виникає час від часу з різних причин практично у всіх державах світу через різні проміжки часу після їх прийняття. Так О. Градовський зазначав, що «якою б гарною не була конституція, сам розвиток народу призводить до нових умов життя, за яких окремі статті можуть виявитися віджившими ...» [2, с. 10]. Слід також погодитись із українським ученим-конституціоналістом В. Реннекампом, який писав, що «Ні одна форма співіснування не приречена на застій і непорушність, якщо лише в самому суспільстві існують якісь зміни і прагнення до розвитку і успіху. Тим більше конституційний порядок, заснований на суспільних потребах, такий, що залучає до участі в державному управлінні представників народу, потребує відповідних і своєчасних змін і покращення своїх форм і засобів» [3, с. 16-17].

Відповідні суспільно-політичні трансформації зумовлюють потребу в переосмисленні та удосконаленні конституцій. Щодо таких конституційних трансформацій у конституціях і правових доктринах також застосовуються терміни «перегляд конституції», «ревізія конституції», «модернізація конституції» та ін. Г. Еллінек також розмежував зміни до конституцій та перетворення (трансформації) конституцій, розуміючи під останніми непорушність їх тексту в поєднанні з намірами у найближчий час якісно змінити ці конституції [4, с. 3]. Правники обґрунтовують і інші наукові підходи до визначення сутності й змісту конституційних трансформацій (змін).

Актуальною проблемою теорії та практики конституції залишається проблема визначення суб'єкта та процедури її перегляду, які б дозволили, з однієї сторони, зберегти дієвість чинної конституції, з другої – забезпечити легітимність змін до неї, з третьої – гарантувати усталеність конституції. Найбільш очевидно, що досягнення цих цілей у процесі ревізії конституції може бути здійснено насамперед суб'єктом установчої влади, який прийняв легітимну конституцію. Зокрема, А. Есмен раціонально розмежував законодавчу владу та установчу, виходячи із того, що «обидві встановлюються однією й тією ж конституцією, і з яких одна компетентна ветоувати звичайні закони, інша – конституційні закони» [5, с. 333].

Разом із тим, різні моделі реалізації установчої влади і прийняття конституцій у світі дозволяють стверджувати про різноманітність мети, суб'єктів, методів, процедур, механізмів і форм зміни конституцій як через внесення до них змін, так і шляхом скасування однієї конституції після прийняття нової. Якщо для Франції визначальну роль у модернізації чи зміні конституцій відігравали парламенти і конституанти, то для Великої Британії цей шлях удосконалення конституцій був неприйнятний.

У Конституції Швейцарії 1874 р. (ст.ст. 120-123), прийнятій через референдум, рішення про ревізію конституції могло прийматися Федеральними зборами або за народною ініціативою не менше 50 тис. виборців, й винослось на всенародне голосування [6, с. 348-350]. У Пруссії для зміни конституції вимагались два голосування, розділених між собою проміжком у 21 день. У Скандинавських державах основний закон підлягав голосуванню в двох наступних одна за однією сесіях, після нових виборів [7, с. 155].

Натомість американці відразу знайшли джерело для ревізії рішень установчої влади щодо прийняття конституції у Верховному Суді. Зокрема, голова Верховного Суду США Д. Маршалл (1801-1835 рр.) вирішив, що «судді взагалі й Верховний Суд врешті мають право вирішувати для держави в цілому, в чому сенс Конституції, і оголошувати дію інших гілок влади недійсними, якщо вони перевищили повноваження, надані їм Конституцією ... майже два сторіччя практики зробили його позицію безспірною в якості правового положення, і конституційні війни нині ведуться на встановленому ним полі битви» [8, с. 476], пише сучасний американський правник Р. Дворкін.

Але, ототжнювати американську модель перегляду конституції виключно з діяльністю Верховного Суду було б не точним. Так, В. Шаповал пише, що Конституція США закріплює принаймні чотири можливих процедури прийняття поправок до неї. Хоча, майже у всіх випадках поправки попередньо схвалював Конгрес США і затверджували легіслатури штатів, за винятком XXI поправки, яка була затверджена конвентами штатів [9, с. 63].

Разом із тим, далеко не всі конституції XIX ст. містили зрозумілі та здійсненні механізми внесення до них змін. С. Котляревський писав, що французькі конституції 1791 р. і III р. містили надмірно складні процедури ревізії конституцій, а «пізніші французькі конституції або зовсім умовчували про перегляд – як конституції VIII р., 1815 р., 1830 р., – або обставляли його відносно легкими умовами, як конституція 1848 р. Ті обмеження перегляду, які ми знаходимо при Наполеоні I і Наполеоні III в вигляді вимоги погодження «сенату-охоронця» (senat-conservateur), запроваджувались уже не в інтересах народного суверенітету, а в інтересах єдиновладдя» [10, с. 45].

Багатоманітність реальних правничих практик трансформації конституцій у різних державах світу сприяла системним дослідженням цього питання. Так XX на поч. ст. професор публічного права Королівської академії в Познані Юліус Гачек обґрунтував у межах свого тритомного видання «Загальне державне право на основі порівняльного правознавства» (м. Рига, 1913 р.) [11, 12, 13] концепцію легітимного перегляду конституцій, в якій, використовуючи методологію конституційної компаративістики, виокремив чотири основних підходи щодо змін до конституцій.

Перший підхід засновувався на засадах природного права до Великої Французької революції (Хр. Вольф і ін.). Його зміст полягав у тому, що зміна конституції можлива за умови спільної згоди на це всього народу та короля. Такі конституції мають переважно незмінний характер і притаманні здебільшого конституційним монархіям, в яких відповідний «почин належить обом вищим державним органам, монарху та народному представництву» [12, с. 200].

Другий підхід, за Ю. Гачеком, ґрунтувався на вченні абата Е. Сійєса про представницьке народовладдя та парламентаризм. Він передбачав можливість внесення змін до конституцій через народних представників, які «незалежні, як і вона (нація). Їм достатньо бажати, як того бажають індивідууми, що перебувають у природному стані; якого б роду представниками вони не були, збираються вони, чи радяться, їх воля дорівнює волі всієї нації, якщо тільки мати на увазі ..., що вони діють на основі надзвичайного доручення

народу» [12, с. 198]. Цей підхід був притаманний для конституцій держав з парламентською формою правління.

Третій підхід, на думку Ю. Гачека, отримав розвиток під впливом ідей Ж.-Ж. Руссо та практик установчих зборів часів Великої французької революції. Його зміст зводиться до наступних положень: 1) конституції можуть бути відмінені виключно тим же шляхом, що і створені і 2) що нація повинна мати право визначати форми перегляду конституції, аби «гарантувати народові конституцію проти нього самого» [12, с. 199]. Наведений підхід застосовувався в демократичних республіках, починаючи із Франції.

Врешті, Ю. Гачек у третій книзі «Загальне державне право на основі порівняльного правознавства. Право сучасних державного об'єднання» обґрунтовував і четвертий підхід щодо змін до конституції. Так, у XIX – на поч. XX ст., поширеними суб'єктами міжнародного права були т.з. «державні об'єднання», – державні союзи, об'єднання держав, об'єднання держав і «державних фрагментів», авторитарні союзи держав («держави держав»), товариські союзи держав (Північноамериканські колонії, Швейцарський союз), особисті та реальні унії. При цьому, реальні унії ґрунтувались на а) міжнародному договорі та б) конституційних законах у обох об'єднаних державах. Прикладами таких реальних уній були Швеція-Норвегія, на підставі Конституції Норвегії 1814 р.; Австро-Угорщина, на засадах конституційних законів 1867 р.

На думку Ю. Гачека, Народно-суверенні і наближені до них парламентські союзні держави, як до прикладу, Австралія, встановлюють для зміни конституцій особливо складні механізми і форми внесення змін до конституцій. Парламентсько-монархічні союзні держави, як Канада, допускають зміни конституцій у порядку прийняття звичайного закону. Британський тип конституцій передбачає проведення конституційної реформи через накази і резолюції парламенту. Германська імперія зберігає різницю між конституційними і звичайними законами, але переносить центр прийняття рішень кваліфікованою більшістю представників на союзну раду [13, с. 196-197].

Узагальнюючи концептуальні погляди Ю. Гачека на легітимний перегляд конституцій, можемо зробити наступні, найбільш загальні висновки: а) суб'єкти юридичні механізми, методи, форми і процедури внесення змін до конституцій зумовлюються політико-правовою системою конкретної держави, доктриною конституціоналізму та особливостями конституційної правотворчої техніки; б) умовою легітимності змін до конституцій є легітимність і авторитет суб'єктів ініціювання та ухвалення змін до конституцій і характер їх правового зв'язку з основним джерелом влади – народом, що зумовлює задіяння у відповідному конституційному процесі народної конституційної ініціативи, конституційного референдуму, конституційних конвентів etc; в) легітимність внесення змін до конституцій забезпечується неухильним дотриманням процедур їх перегляду, унормованих у цих же конституціях.

На завершення, зазначимо, концепція легітимного перегляду конституцій Ю. Гачека, заснована на досвіді творення та трансформації конституцій у Західній Європі та США в кін. XVIII-XIX ст., а також на теоретико-методологічних напрацюваннях представників новонародженої науки конституційного права, в різних інтерпретаціях була відтворена в конституційному правотворенні XX-XXI ст. На наш погляд, вона зберігає свою актуальність і для вітчизняної конституційної теорії та практики, зокрема, в контексті майбутніх конституційних реформ.

Література

1. Дайси А.В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение Английской конституции. Пер., дополненный по 6 англ. изд. О.В. Полторацкой. Под ред. проф. П.Г. Виноградова. Изд. второе. Москва: Типогр. Т-ва И.Д. Сытина, 1907. 671 с.
2. Градовский А.Д. Государственное право важнейших европейских государств. Лекция, читанная в 1885 г. Издано под ред. Н.М. Коркунова. С.-Петербург: Изд. Л.Ф. Пантелеева, 1895. 528 с.

3. Реннекамф В. Конституционные начала и политические воззрения кн. Бисмарка. Киев: Типо-литография Т-ва И.Н. Кушнерев и Ко, 1890. 414 с.
4. Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. Под ред. и с вступ. стат. Б.А. Кистяковского. С.-Петербург: Изд. Юрид. книж. склада «Право», 1907. 94 с.
5. Эсмен А. Общие основания конституционного права. Пер. с франц. под ред. проф. В. Дерюжинского. С.-Петербург: Типограф. Б.М. Вольфа, 1898. IV с., 357 с.
6. Современные Конституции. Сборник действующих конституционных актов. Том II-ой. Федерации и Республики. Перевод под ред. и со вступительными очерками В.М. Гессена и Б.Э. Нольде. С.-Петербург: Изд-во Юридического книжного склада «Право», 1907. 653 с.
7. Ивановский В.В. Учебник государственного права. Изд-е четверт. Казань: Типограф. Императорского Унив-та, 1913. VIII, 500 с.
8. Дворкин Р. Империя права. Пер. с англ. С. Моисеева; под научн. ред. С. Коваль, А. Павлова. Москва: Изд-во Института Гайдара, 2020. 592 с.
9. Шаповал В.Н. Сравнительное конституционное право. Киев: ИД «Княгиня Ольга», 2007. 416 с.; ил.
10. Котляревский С.А. Конституционное государство. Опыт политико-морфологического обзора. С.-Петербург: Типогр. Альтшулера, 1907. 250 с.
11. Гачек Ю. Общее государственное право на основе сравнительного правоведения. Часть I. Право современной монархии. Под ред. и с пред. М.А. Рейснера. Авториз. пер. с нем. М.Я. Лазерсона. Рига: Изд-е «Наука и Жизнь», 1913. 213 с.
12. Гачек Ю. Общее государственное право на основе сравнительного правоведения. Часть II. Право современной демократии. Под ред. и с пред. М.А. Рейснера. Авториз. пер. с нем. М.Я. Лазерсона. Рига: Изд-е «Наука и Жизнь», 1913. 180 с.
13. Гачек Ю. Общее государственное право на основе сравнительного правоведения. Часть III. Право современного государственного соединения. Под ред. и с пред. М.А. Рейснера. Авториз. пер. с нем. М.Я. Лазерсона. Рига: Изд-е «Наука и Жизнь», 1913. 207 с.

Забезпечення рівного доступу до державної служби: деякі проблеми законодавчого регулювання

Федчишин С.А., к.ю.н., доцент

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Принцип рівного доступу до державної служби у його сучасному розумінні бере свій початок у Європі з часів Великої французької революції [3, с. 311], хоча відповідні ідеї культивувались у філософських трактатах й у попередні періоди. Цей принцип виник як реакція на привілейоване положення дворянства у зайнятті публічних посад та отримав закріплення у Декларації прав людини та громадянина від 26.08.1789 р.: «всім громадянам з огляду на їх рівність перед законом відкритий рівний доступ до всіх суспільних посад, місць та служб на підставі їх здібностей та без будь-яких відмінностей, крім відмінності у їхніх добродійностях і талантах». За сучасних умов принцип рівного доступу до державної служби набув універсальних рис та закріплюється конституціями багатьох держав світу.

Правове регулювання рівного доступу до державної служби в Україні вирізняється трьома основними рівнями: 1) міжнародний – міжнародні договори України, які закріплюють право рівного доступу до державної служби (ст. 21 Загальної декларації прав людини від 10.12.1948 р., ст. 25 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р., ст. 5 Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21.12.1965 р. та ін.); 2) конституційний рівень – Конституція України від 28.06.1996 р., яка у ч. 2 ст. 38 передбачає рівне право доступу громадян до державної служби; 3) рівень звичайних законів (зокрема, Закон України «Про державну службу» від 10.12.2015 р.).

У преамбулі до Закону України «Про державну службу» закріплено, що «цей Закон визначає принципи, правові та організаційні засади забезпечення публічної, професійної, політично неупередженої, ефективної, орієнтованої на громадян державної служби, яка

функціонує в інтересах держави і суспільства, а також порядок реалізації громадянами України права рівного доступу до державної служби, що базується на їхніх особистих якостях та досягненнях». Водночас, саме Закон «Про державну службу» закріплює принцип «забезпечення рівного доступу до державної служби» та, що важливо підкреслити, його законодавче визначення. «Забезпечення рівного доступу до державної служби» розкривається у п. 7 ч. 1 ст. 4 цього Закону як *«заборона всіх форм та проявів дискримінації, відсутність необґрунтованих обмежень або надання необґрунтованих переваг певним категоріям громадян під час вступу на державну службу та її проходження»*.

Аналіз законодавчої дефініції принципу «забезпечення рівного доступу до державної служби» дозволяє виокремити дві його складові:

1) забезпечення рівного доступу, що зводиться до недискримінації (антидискримінаційне) – заборона всіх форм та проявів дискримінації під час вступу на державну службу та її проходження. «Дискримінацією» відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 06.09.2012 р. вважається «ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними». При ідентифікації дискримінації та відмежуванні її від інших порушень варто зважати на сукупність таких ознак як: а) наявність обмежень у правах чи свободах («несприятливе ставлення»); б) таке обмеження здійснюється за «ознакою, захищеною від дискримінації», – «захищеною ознакою» (стать, раса, вік, колір шкіри, етнічне походження та ін.); в) така ознака може бути або дійсною або припускатись; г) обмеження у правах і свободах має будь-яку форму, встановлену законом (ст. 5 Закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» передбачає такі форми дискримінації як пряма та непряма дискримінація, підбурювання до дискримінації, пособництво у дискримінації, утиск); г) таке обмеження не має правомірної, об'єктивної мети; д) таке обмеження не має об'єктивного і розумного обґрунтування [7, с. 18-19];

2) забезпечення рівного доступу, що не пов'язане із недискримінацією (не антидискримінаційне) – відсутність необґрунтованих обмежень або надання необґрунтованих переваг певним категоріям громадян під час вступу на державну службу та її проходження (не становить дискримінації). Мова йде про недопущення порушення рівності, що не пов'язане з дискримінацією. Окремі ознаки такого порушення співпадають із дискримінацією, проте сукупності відповідних ознак не є тотожними. Основними рисами порушення, що не пов'язане із дискримінацією, можна визначити такі: а) наявність обмежень або надання переваг; б) таке обмеження та надання переваг здійснюється не за «ознаками, захищеними від дискримінації»; в) протиправна поведінка не проявляється у визначених законом формах дискримінації; г) обмеження або надання переваг не мають правомірної, об'єктивної мети та об'єктивного, розумного обґрунтування.

Отже, тлумачення законодавчої редакції принципу «забезпечення рівного доступу до державної служби» дозволяє стверджувати про охоплення ним усіх протиправних відхилень від рівного доступу – як дискримінаційних, так і інших протиправних та необґрунтованих його порушень, котрі здійснюються не «за захищеними ознаками» та не отримують дискримінаційних форм. Унормування у Законі України «Про державну службу» не лише заборони дискримінації, а й загального недопущення необґрунтованих обмежень або переваг заслуговує на схвалення, адже сприятиме забезпеченню реалізації у державній службі конституційного принципу рівності. Законодавчий підхід загалом узгоджується із результатами наукових напрацювань щодо співвідношення принципів «рівності» й «недискримінації» та їх

неототожнення. Як підкреслюється у літературі, дискримінація є «одним з найочевидніших порушень принципу рівності» [6, с. 23].

Водночас, у контексті аналізу законодавчої редакції принципу «забезпечення рівного доступу до державної служби» постають важливі питання: «Чи повинен «рівний доступ до державної служби» охоплювати поряд із вступом на державну службу також питання проходження державної служби?» «Право такого доступу стосується лише права на зайняття посади державної служби або ж права на зайняття такої посади та перебування на ній?». Станом на сьогодні, на жаль, відсутнє офіційне тлумачення положень ч. 2 ст. 38 Конституції України, котре могло б дати однозначну відповідь на поставлені питання. Хоча певні позиції щодо рівного доступу до державної служби Конституційний Суд України у окремих рішеннях все ж висловив. Так, у Рішенні Конституційного Суду України у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування від 16.10.2007 р. зазначається таке: а) право рівного доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування є юридичною можливістю і не означає його негайної і беззастережної реалізації; б) зміст закріпленого ч. 2 ст. 38 Конституції України права доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування базується на конституційному принципі рівності громадян.

Адміністративні суди при вирішенні публічно-правових спорів неодноразово наголошували, що конкурс на заміщення вакантних посад державних службовців повинен забезпечувати конституційне право рівного доступу до державної служби громадян України (постанова Сумського окружного адміністративного суду від 24.10.2014 р. у справі № 818/2598/14, постанова Хмельницького окружного адміністративного суду від 26.12.2014 р. у справі № 822/5144/14 та ін.).

Принцип (право) рівного доступу до державної служби є проблемою, до якої неодноразово звертались вітчизняні науковці з адміністративного права та суміжних наук. Зокрема, О. Д. Лазор та О. Я. Лазор відзначають, що суть рівного права доступу до державної служби полягає в тому, що для вступу на державну службу не допускаються будь-які обмеження в залежності від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних, інших переконань, статі, етнічного та соціального походження або іншими ознаками. Підкреслюється, що можливість доступу до служби обумовлена лише нормативно встановленими вимогами до державних службовців [4, с. 50-51]. У монографії «Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства» за загальною редакцією С. В. Ківалова та Л. Р. Білої-Тіунової зазначається, що право доступу до державної служби становлять: а) право доступу до участі у конкурсі на заміщення вакантної посади державної служби; б) право за результатами конкурсу бути рекомендованим для призначення на посаду державної служби [1, с. 73].

І. І. Задоя доходить висновку, що «право на доступ до державної служби – це передбачене законодавством України та гарантоване державою право громадян України при їх відповідності певним умовам та після проходження певних процедур заміщувати посади в державних органах та їх апаратах... Право на державну службу включає в себе дві складові (елементи): право на доступ до державної служби та право на проходження державної служби» [2, с. 14]. На думку Н. С. Панової, право на доступ до служби, право на призначення на посаду, право на проходження служби та право на захист права на службу є основними структурними елементами права на державну адміністративну службу у його змістовно-розширювальній характеристиці. Право на доступ до державної служби розкривається саме як право на вступ на державну службу [5, с. 177, 422].

Позиція щодо пов'язаності принципу рівного доступу зі вступом на державну службу є поширеною не лише у вітчизняній адміністративно-правовій науці, а й серед європейських вчених. Так, М. Тофан підкреслює, що принцип рівного доступу ґрунтується на загальному принципі рівності та розглядається як «рівне ставлення до претендентів на зайняття державних посад» або ширше – як рівні можливості та умови для претендентів на зайняття державних посад [8, с. 253-254]. Експерт з реформ державної служби проекту Sigma Ф.

Кардона розкриває цей принцип як право кожного громадянина на державну зайнятість за умови, що він/вона відповідає загальним вимогам, встановленим законодавством, а також конкретним вимогам, викладеним у оголошенні про вакансію [9, с. 1].

«Моральним авторитетом» вирізняються європейські акти «м'якого права» («soft law») у сфері публічної служби. Вони не є формально обов'язковими, але відображають спільну позицію європейських держав, дотримуються останніми й імплементуються у національне законодавство. Зокрема, у Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R (2000) 6 «Про статус публічних службовців в Європі» від 24.02.2000 р. наголошується, що «при прийнятті на публічну службу слід керуватися принципами рівноправного доступу до публічних посад, відбору за досягненнями, чесного і відкритого конкурсу та відсутності дискримінації».

Законодавство про державну службу деяких іноземних держав подібно до України містить нормативне визначення принципу рівного доступу до державної служби, проте не в такому розширювальному варіанті як український аналог. Наприклад, у ст. 7 Закону Словенії «Про державних службовців» від 11.06.2002 р. міститься наступне тлумачення принципу рівного доступу: «працевлаштування державних службовців здійснюється таким чином, щоб гарантувати рівний доступ до робочих місць для всіх зацікавлених кандидатів на однакових умовах та гарантувати відбір кандидатів, які мають найбільш професійну кваліфікацію для виконання завдань на відповідній посаді». Іншим прикладом є Закон Грузії «Про публічну службу» від 27.10.2015 р., у ст. 13 якого розкривається принцип рівного доступу до державної служби: «усім громадянам Грузії повинна забезпечуватись рівна можливість вступу на публічну службу відповідно до їх можливостей, кваліфікації та професійної підготовки».

Констатуючи неузгодженість між усталеними підходами до розуміння «рівного доступу до державної служби» та чинною редакцією принципу «забезпечення рівного доступу до державної служби» у Законі України «Про державну службу», вважаємо, що виключення проходження державної служби зі сфери дії припису (щодо заборони дискримінації, необґрунтованих обмежень та переваг) не є доцільним. Це зумовлює необхідність пошуку оптимального підходу до унормування, який би з однієї сторони забезпечив реалізацію конституційного права громадян на рівний доступ до державної служби, а з іншої – сприяв упровадженню конституційного принципу рівності й у проходженні державної служби.

На цьому шляху привертає увагу зарубіжний досвід, котрий має приклади унормування таких засад державної служби як-то «рівне поводження», «рівність можливостей» тощо. Наприклад, одним із принципів державної служби згідно зі ст. 4 Закону Румунії «Про державних службовців» від 08.12.1999 р. є «рівність можливостей для вступу та просування по службі в межах органу». У ст. 13 Закону Естонії «Про державну службу» від 13.06.2012 р. закріплений «принцип рівного поводження»: «орган повинен забезпечити захист від дискримінації осіб, які вступають на служби та працюють на службі, дотримуватися принципу рівного ставлення та сприяти рівності». Стаття 11 Закону Хорватії «Про державних службовців» від 20.07.2005 р. іменується «Рівне ставлення та рівні можливості»: «керівники державних органів та вищі державні службовці зобов'язані поводитися з державними службовцями справедливо і однаково, незалежно від їх раси, політичних переконань, статі, подружнього чи сімейного стану, сексуальної орієнтації, особистих умов, віку чи етнічного походження та надавати їм рівні можливості для просування, винагороди і правового захисту».

Підсумовуючи, слід зазначити, що за сучасних умов заслуговує на обговорення питання доцільності вдосконалення редакції принципу, врегульованого в п. 7 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну службу», шляхом його трансформації з урахуванням зарубіжного досвіду у напрямі більш ширшого сприйняття рівності у державній службі; котрий би не лише забезпечував реалізацію рівного права доступу громадян України до

державної служби, а й сприяв комплексному впровадженню конституційного принципу рівності у відносинах щодо вступу, проходження та припинення державної служби.

Література

1. Державна служба в Україні: теоретико-правова характеристика у контексті реформування законодавства: монографія / за заг. ред. С. В. Ківалова, Л. Р. Білої-Тіунової. Одеса: Фенікс, 2013. 438 с.
2. Задоя І. І. Адміністративно-правові засади реалізації права на доступ до державної служби: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Одеса, 2013. 22 с.
3. Зіллер Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС. Порівняльний аналіз. / пер. з франц. В. Ховхуна. Київ: Основи, 1996. 420 с.
4. Лазор О. Д., Лазор О. Я. Державна служба в Україні: навч. посіб. 3-тє вид. Київ: Дакор, 2009. 560 с.
5. Панова Н. С. Концепт державної адміністративної служби України: дис. ... д-ра юрид. наук., Одеса, 2021. 442 с.
6. Погребняк С. Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності. Вісник Академії правових наук України. 2007. № 3 (50). С. 23-24.
7. Фулей Т., Федорович І. Порадник із запобігання та протидії дискримінації. Київ: Фенікс, 2017. 390 с.
8. Tofan M. European Civil Service. The Principles of the Legal Framework in force. Juridical Tribune. Vol. 3. Issue 2. Dec. 2013. P. 250-258.
9. Cardona F. Recruitment in Civil Service Systems of EU Members and in some Candidate States. Vilnius: Sigma/OECD, 2006. 21 p. URL: <https://www.oecd.org/countries/lithuania/36762218.pdf> (дата звернення: 05.10.2020)

Доктринальні підходи та зміст принципу справедливості в діяльності Вищої ради правосуддя

Халюк С.О., к.ю.н., доцент

Національна академія внутрішніх справ

Посилення процесів глобальної інтеграції в багатьох галузях державного та суспільного життя, прагнення світової спільноти до об'єднання, подолання політичних, економічних та правових перешкод не оминули і Україну. Європейська інтеграція України – це розвиток політичних, економічних, культурних та інших відносин України з Європейським союзом, який є її стратегічною зовнішньою функцією і який має зумовити розвиток з Україною повноправних партнерських відносин. Для сучасного українського суспільства, що стало на шлях демократичних перетворень, актуалізується питання ефективного функціонування всіх його інститутів та організацій. Прагнення України до інтеграції у Європейське співтовариство передбачає внесення змін до національного законодавства. Обраний курс до Європейської спільноти вимагає суттєвих перетворень, в тому числі вдосконалення чинного законодавства України.

Проте, неякісні управлінські рішення ускладнюють досягнення цільових установок застосування права, знижують виховне значення правозастосовного процесу, негативно впливають на авторитет органів та посадових осіб, що здійснюють владні повноваження. Неякісна робота суб'єкта, що застосовує право, створює у громадян викривлені уявлення про спрямованість його діяльності. Правотворчість і правозастосування – процеси, що безпосередньо впливають на розвиток усього суспільства. Від того, на яких принципах базуються ці процеси, залежить якість державного правового устрою суспільства. Тож вплив принципу справедливості на ці процеси важко переоцінити, особливо в аспекті оцінювання правових явищ [1, с. 12].

Виходячи з аналізу правової доктрини і практики зарубіжних країн, а також порівняльно-правового та формально-логічного методів дослідження, на підставі аналізу

законодавства, яке визначає конституційно-правовий статус Вищої ради правосуддя, до числа основних принципів конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя можна віднести принцип справедливості.

Принцип справедливості є одним з базових принципів конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя. Загалом, справедливість, як правило, визначається як наукова категорія, що відображає взаємодію економіки, політики, права, моралі тощо. Це одна з фундаментальних цінностей суспільно-політичного життя, що впливає з принципу врівноваженості в соціальних відносинах прав і обов'язків людей, інтересів суспільства й особи. Соціальна справедливість є також і відповідністю до рівності й свободи, тісно переплітаючись з ідеями гуманізму, справжнього народовладдя та активного служіння Батьківщині [2, с. 23]. В ідеалі право завжди повинно бути справедливим. Прихильники концепції природного права обстоюють думку, що закони повинні бути втіленням справедливості [3, с. 95]. Як вважають учені, право – це нормативно закріплена справедливість. З огляду на це, юридична рівність, законність і справедливість як принципи права законодавчо закріплені міжнародними актами і внутрішньодержавними нормами [4, с. 269].

Більше того, на думку В.М. Трубнікова та О.Є. Скакуна неправильно вважати, що право, моральність і справедливість існують окремо одне від одного в часі й просторі і що тому (як стверджується критиками справедливості) можна безболісно відмовитися від поняття справедливості. Насправді вони одночасно співіснують в державно-правових відносинах, у тому чи іншому ступені розвитку, а також у вищій формі їх прояву – справедливості. Тому більш правильно видається думка, що справедливість – це не тільки етична, філософська категорія, але й правове поняття, що санкціонує певні суспільні відносини, відповідні цим відносинам правила поведінки, вчинки і діяльність людей. Конкретне відбиття справедливості знаходить у правових нормах, а також вчинках людей, що застосовують ці норми [5, с. 13-14]. Справедливість за своєю суттю є поняттям релятивним, що віддзеркалює соціальні реалії того чи іншого суспільства, рівень його культурної, правової зрілості. Сьогодні справедливість відіграє роль своєрідного індикатора, який дає конкретне уявлення про відповідність моделі соціальної та правової держави її фактичному стану в суспільстві. Про право на справедливий суд йдеться в статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. Вимога дотримуватися справедливості під час застосування кримінального покарання закріплена й у статті 10 Загальної декларації прав людини 1948 року, статті 14 Міжнародного пакту про громадянські й політичні права 1966 року. Так, стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод проголошує, що “кожний має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом...”. Варто підкреслити, що розгляд справи може бути справедливим лише в разі незалежності та неупередженості суду [6, 7, 8]. А тому, принцип справедливості має безпосереднє відношення до конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя. Адже саме на цей орган покладається забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування добросовісного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції України і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів.

Узагальнюючи вищевказане, потрібно констатувати, що принцип справедливості полягає в тому, що рішення Вищої ради правосуддя ґрунтуються не тільки на букві закону, а й на уявленнях розумності, обґрунтованості, прийнятності, раціональності, людяності, гуманізму, людиноцентричності. Беручи до уваги, що справедливість – це морально-етична категорія, прямим нормативного регулювання вона не піддається, проте змістом даного принципу пронизані буквально всі повноваження Вищої ради правосуддя.

Література

1. Ковальова О. В. Філософсько-правове дослідження принципів справедливості та відповідальності як основи правозастосовної діяльності. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2013. Вип. 31. С. 12-21.

2. Мінченко Р.М. Принцип справедливості як основний критерій взаємодії особистості та державної влади. *Актуальні проблеми політики*: зб. наук. пр. редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.), Л.І. Кормич (заст. голов. ред.), Ю.П. Аленін [та ін.]. Одеса: Фенікс, 2011. Вип. 42. С. 21-26.
3. Хайруллин В.И. Что такое коммунитарная справедливость. *Государство и право*. 2007. № 9. С. 93-97.
4. Философия права : учебник / под ред. О.Г. Данильяна. Москва : Эксмо, 2005. 416 с.
5. Трубніков В.М., Скакун О.Є. Принцип справедливості з позиції філософії *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна Серія «ПРАВО»*. Випуск 20. 2015. С. 13-20.
6. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 05.08.2021 р.);
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. (в ред. від 27.05.2009 р.). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 05.08.2021 р.);
8. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 (в ред. від 19.10.1973 р.). URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 05.08.2021 р.).

Щодо змісту антикорупційної постслужбової заборони на представництво інтересів (спірність позиції НАЗК)

Хамходера О.П., к.ю.н., доцент

Національний університет «Одеська юридична академія»

Закон України «Про запобігання корупції» (далі – Закон № 1700) передбачає три види обмежень, які застосовуються до функціонерів публічного сектору після припинення їх служби. Одне з них торкається неможливості колишніх посадовців представляти інтереси третіх осіб та формулюється у п. 3 ч. 1 ст. 26 Закону № 1700 як заборона: «протягом року з дня припинення відповідної [публічно-владної – всі уточнення та виділення здійснені О.Х.] діяльності представляти інтереси будь-якої особи у справах (у тому числі в тих, що розглядаються в судах), в яких іншою стороною є орган, підприємство, установа, організація, в якому (яких) вони працювали на момент припинення зазначеної діяльності» [1]. На перший погляд, у цитованій нормі досить чітко сформульовані необхідні критерії її застосування: а) темпоральний (1 рік); б) змістовний (заборона представляти інтереси будь-якої особи); в) загально-ситуативний (у справах, зокрема і в тих, що розглядаються судами); г) контр-суб'єктний (якщо іншою стороною є орган, підприємство, установа, організація, в якому/яких колишній функціонер працював). Проте, висока формальна визначеність норми не запобігла виникненню ідейних чи маніпулятивних запитань, обумовлених ними праксеологічних різно трактувань. Наприклад: Чи поширюється заборона представляти інтереси «будь-якої особи» (при дотриманні інших ознак ситуації) на випадки здійснення колишнім посадовцем обов'язків законного представника? Що за «підприємства, установи, організації» (особливо перші) можуть бути місцем роботи функціонерів (а не квазіфункціонерів) публічного сектору? Як формально ідентифікувати інституції, в яких особи «працювали на момент припинення» публічно-службової діяльності: від моменту завершення кожної такої спеціальної активності або від її кінцевого виду/місця? Чи порушив закон скажімо прокурор, котрий перейшов працювати на митницю (змінивши сферу, але не перериваючи своєї чиновницької часової лінії), через місяць звільнився та почав представляти інтереси третіх осіб у спорах проти того органу прокуратури, до штату якого раніше входив (адже позитивістськи: агенцією, в якій особа займала посаду на момент припинення виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, є саме митниця)?

Не дивлячись на цікавість/обговорюваність відмічених та інших дилем, ця доповідь

присвячена полемічності інтерпретаційної позиції НАЗК, викладеної в абз. 2 і 3 пр. 11.1.2. Методичних рекомендацій 02.04.2021 № 5 «Щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, дотримання обмежень щодо запобігання корупції» (далі – МР № 5). Задля об'єктивності сприйняття аналізованих суджень цитуємо абзаци повністю: «Під поняттям «орган, у якому працювала особа» слід розуміти державний орган як суб'єкт владних повноважень. Так, якщо особа працювала в певному територіальному органі Міністерства юстиції України або Національної поліції України, вказана заборона поширюється на представлення інтересів осіб у справах, у яких іншою стороною є Міністерство юстиції України та Національна поліція України як *центральні органи виконавчої влади або будь-який територіальний орган* Міністерства юстиції України та Національної поліції України» [2, с. 100]. Антикорупційне відомство стверджує про недопустимість представляти інтереси у справах, в яких іншою стороною виступає не лише конкретний орган (де особа займала посаду), а кожен орган відповідної адміністративної вертикалі. Ця позиція підтверджується і деталізується у прикладі 4 пр. 11.2. МР № 5: «Особа звільнилася з Головного управління Пенсійного фонду України в Хмельницькій області та здійснює адвокатську діяльність. Протягом року після звільнення особа почала представляти інтереси позивача у справі, де відповідачем є Головне управління Пенсійного фонду України в Київській області. Чи порушуватиме особа обмеження, встановлене у п. 3 ч. 1 ст. 26 Закону щодо представлення інтересів особи у справах, в яких іншою стороною є орган, підприємство, установа, організація, в якому (яких) вони працювали на момент припинення зазначеної діяльності? [відповідь] Так, порушуватиме». Далі НАЗК приводить витяги із статусних актів Пенсійного фонду та узагальнює: «Головні управління Фонду підпорядковуються Фонду та разом із управліннями Фонду в районах, містах, районах у містах, а також об'єднаними управліннями, утворюють систему територіальних органів Фонду. Кожен територіальний орган Фонду діє від його імені та реалізує його повноваження на певній території, а отже, в розумінні Закону є державним органом. Зважаючи на викладене, у вказаній ситуації матиме місце порушення заборони, встановленої у п. 3 ч. 1 ст. 26 Закону» [2, с. 103-104]. Подібні за логікою та мотивацією приклади приводяться у МР № 5 і стосовно органів Нацполіції, прокуратури [2, с. 102-105]. На наш погляд, описаний підхід агентства є контрверсійним. Виокремлюємо три мотиви, що не дозволяють підтримати судження НАЗК.

1. **Граматично-правовий аргумент.** У п. 3 ч. 1 ст. 26 Закону № 1700 використовуються числові категорії однини і прямо вказується саме «орган, підприємство, установа, організація» (в якому/яких функціонер працював), а не група органів, їх система, мережа чи вертикаль. Інституційна множина вводиться саме методичними рекомендаціями, чим забезпечується розширювальне тлумачення норми вищої юридичної сили. Вихід за межі буквального розуміння правообмежувального припису закону здійснюється на підставі загального роз'яснювального акту центрального органу виконавчої влади. Описаний спосіб закріплення/введення офіційних заборон для колишніх посадових осіб (фактично – підзаконне предметно-кількісне збільшення існуючого антикорупційного табу) вважаємо таким, що порушує вимоги «the rule of law» (в частині принципу правової визначеності).

2. **Доктринальний аргумент.** У загальнотеоретичній юриспруденції (та публічно-галузевих вченнях) однозначно утвердились постулати системного сприйняття категорії «орган» («підприємство, установа, організація» нами залишаються осторонь, оскільки МР №5 у критикованих судженнях і прикладах теж оминають їх увагою). Державний орган є первинним структурним елементом державного апарату, оскільки саме з державних органів складаються його окремі ланки і підрозділи, вся система державного апарату як цілісного явища [3, с. 127]. Кожен державний орган характеризується наявністю юридично закріплених: організаційної структури, територіального масштабу діяльності, спеціального положення, що визначає його місце та роль у державному апараті, а також порядку взаємовідносин з іншими державними органами та організаціями [4, с. 74]. Видова відмінність між центральними та місцевими органами виконавчої (та більш широко – «державної») влади теж отримала всестороннє наукове розроблення та багаторазово закріплена у нормативно-правових актах (зокрема й на рівні Конституції України – ст. 120:

«Члени Кабінету Міністрів України, керівники *центральных та місцевих органів* виконавчої влади не мають ...» [5]). Вкрай очевидно (і дивною через необхідність своєї констатації) є теза про нетотожність «органу» та «системи/підсистеми/ланки/групи органів» (як його надсуб'єктного оточення), а відповідно і про неможливість поширювати дію законодавчого припису щодо першого на все коло других. Впевнені, що виявляти організаційні межі будь-якого складного об'єкта необхідно шляхом верифікації його власних ознак (у нашому випадку це: нормативна передбаченість, компетенційна віддеференційованість, функціональна достатність, штатно-структурна відособленість, територіальна окресленість, наявність власного казначейського рахунку і статусу юридичної особи, тощо – з різною мірою прояву, ймовірністю окремих винятків); хибним буде керування властивостями систем вищого (або нижчого) рівня, адже жодна частина не є повною тотожністю цілого (навіть у діалектиці).

3. Сутнісний аргумент. Для чого запроваджені постслужбові обмеження професійної (в т.ч. представницької) діяльності функціонерів? Вочевидь, з превентивною метою: щоб запобігти використанню владної компетенції перед звільненням задля завчасного забезпечення прерогатив (процедурних, посадових тощо) своєї майбутньої приватної активності і/або нівелювати вплив недавньої службової залежності чи особистісних зв'язків із колишніми колегами на розгляд будь-яких справ. Про це зазначав законотворець (відносячи розглядувані обмеження до «правил щодо запобігання проявам корупції» [6, с. 3-4]) і це виходить зі змісту Конвенції ООН проти корупції (яка виступала ключовим міжнародно-правовим підґрунтям Закону № 1700 та на яку ідейно орієнтувались МР № 5). Відповідно до п. «е» ч. 2 ст. 12 Конвенції, заходи запобігання корупції можуть уключати, *inter alia* (серед іншого): «*запобігання виникненню конфлікту інтересів шляхом установаження обмежень, у належних випадках й на обґрунтований строк, стосовно професійної діяльності колишніх державних посадових осіб у приватному секторі після їхнього виходу у відставку або на пенсію, якщо така діяльність або робота безпосередньо пов'язана з функціями, що такі державні посадові особи виконували в період їхнього перебування на посаді або за виконанням яких вони здійснювали нагляд*» [7]. Для ідентифікації якоїсь активності як «*безпосередньо пов'язаної*» зі здійснюваними чи контрольованими на колишній службі функціями не достатньо лише секторно-видового співпадіння. Необхідною є і суб'єктна, територіальна, ієрархічна та змістовно-предметна відповідність. Лише таке перетинання робіт може породити конфлікт інтересів (запобігання якому визнано конвенційною ціллю аналізованих обмежень), адже необхідною умовою останнього виступає приватний інтерес, що зумовлюється зазвичай особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними або юридичними особами. Отже, усвідомлюємо чому забороняється представляти третіх осіб у спорах проти конкретного владного органу-ексроботодавця (спрощено, техніко-емпірично): щоб виключити вплив позитивних чи негативних взаємин (персональних, ієрархічних тощо) представника із своїми колишніми колегами на об'єктивність поведінки останніх у відповідних юрисдикційних чи неюрисдикційних провадженнях, запобігти виникненню «дружніх послуг», безпідставної лояльності чи невинуватого протистояння (загалом – конфлікту інтересів), корупційних домовленостей та ін. Концептуально (але не практико-позитивістськи, оскільки закон зазначає інакше) ми могли б зрозуміти також поширення розглядуваної заборони не лише на орган (в якому безпосередньо займалась посада), а й на підпорядковані йому інституції: якщо допустити ймовірність перспективних впливів на підлеглих чи ретроспективного сприйняття останніми свого нещодавнього керівництва (збереження зв'язків, зведення «рахунків»). Однак, ідейно абсурдним видається бачення НАЗК про системну/підсистемну/відомчу/вертикальну універсальність обмеження. Чому звільнившись з Головного управління Пенсійного фонду України в Хмельницькій області не можна (на думку агентства) представляти інтереси третіх осіб у спорах проти Головного управління Пенсійного фонду України в Київській області? Особистісні зв'язки із конкретними співпрацівниками чи відносини субординації не існували. Виникає враження про деструктивні (закритого бюрократизму) детермінанти описаної позиції: щоб фахівці (які добре розуміють відповідний сегмент публічного права, вміють використовувати його інструменти і можливості, найкраще поінформовані стосовно

недоліків або типових порушень у діяльності окремого виду носіїв влади) не використовували знання супроти системи, не розкривали традиційні проблеми, не руйнували аформальні практики. Первинна антикорупційна мета заборони представляти інтереси нібито трансформується до протилежної: обмежити обізнану процедурно-процесуальну опозицію (і як один із можливих наслідків – збереження корупції).

Узагальнюючи висвітлене вище, можемо стверджувати, що розширювальне контр-суб'єктне трактування з боку НАЗК постслужбової заборони на представництво інтересів суперечить: а) словесному викладенню п. 3 ч. 1 ст. 26 Закону № 1700; б) доктринальному розумінню категорії «орган»; в) сутності та меті (закріпленої у т.ч. на рівні міжнародних актів) розглянутого обмеження. На наш погляд, колишній функціонер протягом року з дня звільнення не має права представляти інтереси будь-якої особи у справах, в яких іншою стороною є лише конкретна первинна структурна одиниця публічного апарату (де він працював на момент припинення владної активності) – орган (а не мережа органів). Боротьба з іншими післяслужбовими загрозами для належного урядування може відбуватися на основі суміжних антикорупційних інститутів (першочергово – «протидії конфлікту інтересів»), без спотворення заборони на представництво. Праксеологічні перспективи подібного підходу, ймовірно практичні наслідки нехтування інтерпретаційною позицією НАЗК (з огляду на юридичне значення МР № 5) та породжені нею нові правозастосовні апорії стануть предметом подальших досліджень піднятої проблеми.

Література

1. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18> (дата звернення: 19.08.2021).
2. Щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, дотримання обмежень щодо запобігання корупції: Методичні рекомендації НАЗК від 02.04.2021 р. № 5. 127 с. URL: <https://wiki.nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2021/04/Rozyasnennya-KI.pdf> (дата звернення: 19.08.2021).
3. Загальна теорія держави і права: Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. 584 с.
4. Теорія держави та права : навч. посіб. / [Є. В. Білозьоров, В. П. Власенко, О. Б. Горова, А. М. Завальний, Н. В. Заяць та ін.]; за заг. ред. С. Д. Гусарева, О. Д. Тихомирова. К.: НАВС, Освіта України, 2017. 320 с.
5. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 19.08.2021).
6. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про запобігання корупції» від 06.10.2014 р. 7 с. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=5113&skl=8 (дата звернення: 19.08.2021).
7. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції, від 31.10.2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text (дата звернення: 19.08.2021).

Місце виконавчих органів місцевих рад в системі публічного управління

Хрідочкін А.В., д.ю.н., доцент

Український державний хіміко-технологічний університет

Сьогодні в Україні здійснюється повномасштабна реформа, спрямована на розвиток демократичних засад у формуванні і діяльності інститутів державної влади та місцевого самоврядування. Одночасно вирішується питання підвищення ефективності та економічності функціонування системи публічної влади в умовах її детермінованості волею народу і конституційними приписами. Йдеться не стільки про структурні зміни, скільки про

підвищення функціональної результативності роботи державного апарату та системи місцевого самоврядування. Суть полягає у тому, щоб забезпечити максимальну відповідність структури, форм, методів і впливу управлінського апарату цілям і вимогам різних сфер суспільного життя, котрі інтенсивно розвиваються і наповнюються новим змістом. Серед органів місцевого самоврядування в Україні одне з головних місць посідають виконавчі органи місцевих рад [1, с. 141].

Вони вирішують переважну більшість питань, що виникають у процесі життєдіяльності населення, а їх безпосередня діяльність спрямована на забезпечення таких сфер життя, які потребують постійної та професійної уваги – соціальне і побутове забезпечення, житлово-комунальне господарство, освіта, охорона здоров'я тощо.

Існування в системі місцевого самоврядування виконавчих органів місцевих рад створює умови життєздатності та ефективності діяльності територіальної громади, оскільки її проблеми набувають вирішення у власних інтересах шляхом використання своїх відповідальних виконавчих структур [2]. Організація та діяльність виконавчих органів місцевих рад є складовою проблеми розвитку системи державного управління в Україні.

Необхідність наукового дослідження статусу цих органів, порядку їх формування, форм та методів діяльності зумовлена тим, що виконавчі органи сучасних місцевих рад стали наступниками органів державного управління місцевого рівня часів радянської влади, які не були органами місцевого самоврядування і мали інші структурні зв'язки, не характерні для сучасної системи публічної влади.

Практика організації та діяльності виконавчих органів місцевих рад сьогодення багато в чому свідчить про невідповідність існуючих відносин тій ідеї місцевого самоврядування, яка закріплена в Конституції України 1996 р. Питаннями діяльності виконавчих органів місцевих рад займали такі вчені як В. Авер'янов, В. Величко, П. Біленчук, В. Кравченко, М. Підмогильний, В. Погорілко, В. Серьогін, Ю. Тодика, О. Ярмиш та ін. Проте в сучасній науці проблеми діяльності виконавчих органів місцевих рад ще не отримали належного висвітлення. Відсутні спеціальні комплексні дослідження, які розкривають порядок функціонування цих органів. Існує потреба чіткого з'ясування місця, ролі та значення виконавчих органів у системі державного управління.

Отже, виконавчі органи місцевих рад, будучи складовими системи місцевого самоврядування України, реалізують повноваження держави на місцях. Загалом, під виконавчим органом місцевої ради необхідно розуміти відносно відокремлену частину ради, яку складає колектив громадян, що здійснює виконавчо-розпорядчі функції на підставі владних повноважень і діє за допомогою визначених форм організації та методів діяльності. Виконавчі органи є структурними підрозділами системи місцевої ради, кількість і взаємовідносини яких залежать від розміру території, чисельності населення, характеру його розселення, кількості та профілю об'єктів управління, а також від функцій, які покладаються на виконавчі органи [3]. Говорячи про систему виконавчих органів, мається на увазі систему власне органів та посадових осіб, які здійснюють ті чи інші виконавчі функції, оскільки посадові особи є структурними підрозділами саме місцевої ради, які відповідно можуть створювати підсистему виконавчих органів. Маючи єдиний законодавчо встановлений статус, виконавчі органи різного рівня (село, селище, місто) повинні вважатися структурними підрозділами місцевої ради, які здійснюють виконавчо-розпорядчі функції.

Відділи, управління та інші виконавчі органи місцевої ради мають набути відповідної ролі в сучасній системі місцевої ради. У рамках наданих їм функцій та повноважень вони мають забезпечувати управління і розвиток відповідної галузі соціально-економічного життя територіальної громади, як відносно наступництва незалежних органів місцевого управління, що входять до структури місцевої ради [4]. Крім того, потребують правового регулювання на загальнодержавному рівні можливі найменування виконавчих органів в залежності від їх призначення та організаційної структури. Це буде сприяти орієнтації членів територіальних громад у відповідних виконавчих структурах окремих рад та допоможе органам державної

влади при регулюванні питань щодо організації і діяльності виконавчих органів відповідних місцевих рад.

Отже, з урахуванням зазначеного, можна зробити висновок, що виконавчі органи місцевих рад в Україні визнаються як нижчий рівень органів виконавчої влади, які є функціонально інтегрованими в її систему [5, с. 149]. На місцевому рівні створюється комплексна система органів, що здійснюють функції виконавчої влади: система органів виконавчої влади та система виконавчих органів місцевих рад. При цьому залучення виконавчих органів місцевих рад в цю систему відбувається в залежності від галузі (сфери) діяльності. Такими галузями (сферами) діяльності на сьогоднішній день є: соціально-економічний та культурний розвиток, планування та облік, бюджет, фінанси та ціни; управління комунальною власністю; житлово-комунальне господарство, побутове, торгівельне обслуговування; громадське харчування, транспорт та зв'язок; будівництво; освіта, охорона здоров'я, культура, фізкультура та спорт; регулювання земельних відносин і охорона навколишнього природного середовища; соціальний захист населення; зовнішньоекономічна діяльність; оборонна робота; забезпечення законності, правопорядку, охорона прав, свобод та законних інтересів громадян; відзначення державними нагородами. Розвиток діяльності виконавчих органів за всіма напрямками є головним завданням, що має постати перед цими органами в практичній діяльності. Зіставлення функцій територіальної громади і місцевої ради з функціями виконавчих органів мають визначити останнім межі діяльності, спрямовувати їх розвиток.

Література

1. Овчарук Е. В. Теоретичні підходи дослідження government relations у контексті теорії публічного управління. *Інвестиції : практика та досвід*. 2021. № 8. С. 139-144.
2. Шишак А. О. Систематизація наукових підходів щодо визначення сутності поняття «інновація в публічному управлінні». *Державне будівництво*. 2020. № 2. URL.: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2020_2_21.
3. Михайловська О. В. Сучасні інструменти взаємодії в системі публічного управління. *Державне будівництво*. 2020. № 2. URL.: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2020_2_17.
4. Статівка Н. В., Бублій М. П. Аналіз системи публічного управління за допомогою інструментарію центру управління компетенція ми. *Державне будівництво*. 2020. № 2. URL.: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2020_2_9.
5. Хромова Ю. Особливості впровадження реінжинірингу у систему публічного управління в Україні. *Актуальні проблеми державного управління*. 2021. Вип. 1. С. 148-151.

Система та структура державних архівів як форма державної політики у сфері архівної справи

Хромов А.В., к.і.н.

Державна архівна служба України

Архіви України є інтегральною складовою світових інформаційних ресурсів, в національних архівах зосереджено колосальний за обсягами та унікальний за змістом масив ретроспективної інформації, що є важливою складовою національного та світового інформаційного простору. Сталий розвиток архівної галузі вимагає скоординованих дій в межах системи та структури державних архівів, що становить актуальність даного дослідження.

Архівна система являє собою комплекс основоположних принципів організації архівної справи, способів технологій її ведення, які забезпечують цілісність та скоординованість діяльності архівних установ [1]. Архівна система формується державою та органами влади, має конкретно-історичний зміст, є похідною від суспільно-державного ладу,

політичного устрою, національно-культурних традицій держави, регулюється відповідними законодавчими актами і функціонує в правовому полі [2; 3].

У сучасних умовах сфера діяльності архівних установ розширюється, підвищується їх роль у державно-політичному, науково-культурному і духовному житті суспільства. Нині державна політика в Україні зорієнтована на впровадження електронних документів та електронного документообігу, спрощення доступу до документів Національного архівного фонду та відкритість національних архівів, їх інтеграцію у світовий архівний простір [4].

Систему архівних установ України складає сукупність архівів та архівних підрозділів, що забезпечують формування Національного архівного фонду, його зберігання та використання відомостей, що містяться в архівних документах, здійснюють управлінські, науково-дослідні та довідково-інформаційні функції в архівній справі.

Основні питання, пов'язані з функціонуванням державних архівів регулює Закон України «Про Національний архівний фонд та архівні установи» [5], що надає визначення Національному архівному фонду України як одній із загальнонаціональних цінностей, фіксує його як об'єкт права, закладає єдині основи системи архівних установ, регулює суспільні відносини, пов'язані з формуванням, обліком, зберіганням і використанням Національного архівного фонду.

Державні архіви утримуються за рахунок коштів Державного бюджету України. Але при цьому, гранична чисельність співробітників галузевих та регіональних державних архівів, фонд оплати праці та видатки на утримання установи затверджують керівники (голови) відповідних ЦОВВ та державних адміністрацій. Вони є юридичними особами, мають самостійний баланс, рахунки в установах банків, гербову печатку.

Статтею 23 Закону України «Про Національний архівний фонд та архівні установи» встановлено, що систему архівних установ України становлять [5] :

- центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері архівної справи і діловодства;
- центральні державні архіви України;
- галузеві державні архіви;
- Державний архів в Автономній Республіці Крим;
- місцеві державні архівні установи;
- архівні установи органів місцевого самоврядування;
- архівні підрозділи державних наукових установ, музеїв та бібліотек;
- архівні підрозділи державних органів, органів місцевого самоврядування, державних і комунальних підприємств, установ та організацій;
- архівні підрозділи об'єднань громадян, релігійних організацій, а також підприємств, установ та організацій, заснованих на приватній формі власності;
- архівні установи, засновані фізичними особами та/або юридичними особами приватного права; науково-дослідні установи, а також підприємства та організації у сфері архівної справи і діловодства.

Правовою базою діяльності архівів є законодавство про Національний архівний фонд та архівні установи, інші нормативно-правові акти України, міжнародні правові документи, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Фундамент системи архівних установ України складають державні архіви, зокрема і державні архіви областей, які, як відомо, збирають, ідентифікують, описують, класифікують і зберігають документи, здійснюють реставрацію їх і організують користування ними на території відповідної області [6].

За даними Стратегічної програми розвитку архівної справи України на середньострокову перспективу (2019-2023 рр.) у 2019 році у межах мережі архівних установ, що сформована з метою забезпечення реалізації державної політики у сфері архівної справи і діловодства функціонують 2189 установ [7]. Однак, станом на 2020 рік зазначена мережа архівних установ вже налічує 1877 установ: 9 центральних державних архівів; Український науково-дослідний інститут архівної справи та документознавства; 3 центральні державні

архівні установи; 24 державні архіви областей; Державний архів міста Києва; 472 архівні відділи (сектори) райдержадміністрацій; 140 архівних відділів (секторів) міських рад; 13 галузевих державних архівів; 1196 архівних установ сільських, селищних, міських рад територіальних громад для централізованого тимчасового зберігання архівних документів, нагромаджених у процесі документування службових, трудових та інших правовідносин юридичних і фізичних осіб, що не належать до Національного архівного фонду; 18 архівних установ, заснованих фізичними особами та/або юридичними особами приватного права. Доцільно зазначити, що до уваги не бралася інформація про архівні установи, що знаходяться на тимчасово окупованих територіях АРК, міста Севастополя, а також у Донецькій та Луганській областях, на яких органи державної влади України тимчасово не здійснюють свої повноваження, оскільки така інформація відсутня [8].

Реалізація державної політики у сфері архівної справи та діловодства спрямована на накопичення, збереження та підвищення ефективності управління та доступу до архівної інформації, що в свою чергу сприяє культурному, соціальному та економічному розвитку України [9].

У системі державних архівних установ України зберігається більше 82 мільйонів одиниць (справ) Національного архівного фонду. Точна кількість документів у цих справах необлікована, але вірогідно, що мова йде про сотні мільйонів або навіть більше мільярда архівних документів. Серед цього величезного комплексу історичних пам'яток до унікальних віднесено вже 440 архівних документів. З них більшість – 367 – зберігаються в центральних державних архівах, 73 в державних архівах областей [9].

Державною архівною службою України у 2020 році вживалися заходи щодо розробки та вдосконалення чинних законодавчих актів, перегляду нормативно-правових актів з питань архівної справи, діловодства та страхового фонду документації. Так, протягом 2020 року Укрдержархівом розроблено 17 проєктів нормативно-правових актів: 1 законопроєкт, 2 проєкти постанов, 3 проєкти розпоряджень Кабінету Міністрів України, 11 проєктів наказів Міністерства юстиції України з питань архівної справи, діловодства, створення страхового фонду документації. Опрацьовано 36 проєктів нормативно-правових актів, що надійшли на погодження від міністерств та інших центральних органів виконавчої влади: у тому числі 12 проєктів Законів України; 3 проєкти наказів Міністерства юстиції України; 7 проєктів постанов Кабінету Міністрів України; проєкти розпоряджень Кабінету Міністрів України, проєкти наказів Міністерства юстиції тощо [8].

З метою забезпечення формування Національного архівного фонду документами, що відбивають сучасну історію України, на постійне зберігання прийнято 456 387 од. постійного зберігання, з них 438 673 од. управлінської документації, 3 096 од. зб. особового походження, 14 424 од. науково-технічної документації, 122 од. архівних електронних документів, 20 од. документів особового походження в електронній формі, 52 од. електронних інформаційних ресурсів, 9 086 од. кіно-, фото-, фоно-, відеодокументів [8].

Однак, не дивлячись на величезну роботу, проведену державними архівами з метою розвитку архівної справи, на фоні глобальних та загальнодержавних викликів виникає ряд проблем, що потребують вирішення. Перш за все, це стосується недосконалості управління архівною справою. Так, архівна система управління, що складалася в Україні під впливом структурних змін, що відбулися в усіх сферах життєдіяльності суспільства, характеризується недостатнім рівнем інституціональної спроможності та інтеграції її учасників. В існуючій системі управління наявне подвійне підпорядкування місцевих та галузевих державних архівних установ у вертикальній та горизонтальній площині, що ґрунтується на розмежуванні предметів і повноважень спільного відання Державної архівної служби України, відомств і місцевих органів виконавчої влади (державні архіви областей виступають структурними підрозділами обласних державних адміністрацій). У результаті чого, не дивлячись на постійне збільшення кількості документації, що надходить до державних архівів та кількості користувачів архівною інформацією, у регіонах відбулося необґрунтоване скорочення обсягів фінансування та кількості працівників; спостерігається

відсутність системності у сфері міжвідомчої взаємодії та її залежності від міжособистісних контактів, що стоїть на заваді об'єктивному розумінню тих процесів, що відбуваються в архівній справі тощо.

Отже, реалізація державної політики у сфері архівної справи та діловодства спрямована на накопичення, збереження та підвищення ефективності доступу до архівної інформації, стимулювання до них суспільного інтересу, а також, сприяння культурному, соціальному та економічному розвитку нашої держави. В Україні нормативно визначено інституційні механізми формування і реалізації державної політики у сфері архівної справи і діловодства. Однак їх аналіз свідчить про необхідність подальшого теоретичного обґрунтування та вдосконалення нормативно-правового забезпечення інституційних механізмів державного управління у зазначеній сфері. Нині існує необхідність у створенні нової архітектури мережі архівних установ, що зумовлено, по-перше, реформуванням адміністративно-територіального устрою та системи місцевого самоврядування, по-друге, зміною функцій архівів від виключно документозберігаючих до тих, що забезпечують доступ до інформаційних ресурсів, по-третє, змінами в управлінні (від управління об'єктами до управління процесами).

Література

1. Калакура Я. Архівна система. *Українська архівна енциклопедія*. Київ, 2008. С. 116.
2. Архівознавство : підручник для студентів історичних факультетів вищих навч. закладів / за заг. ред. Я. Калакури, І. Матяш. 2-е вид., випр. і доп. Київ, 2002. С. 81–82.;
3. Бюлетень Галузевого центру науково-технічної інформації з архівної справи та документознавства Вип. 1 (29) I–II квартал 2018 р. URL: https://undiasd.archives.gov.ua/doc/bulletin/GSNTI_29.pdf
4. Левченко Л.Л., Попова Л.М., Хромов А.В. Національні архівні інформаційні ресурси: правові засади реформування архівної справи. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О.Дідоренка* : науковий журнал. Випуск 1(93). Сєверодонецьк: ЛДУВС імені Е. О. Дідоренка, 2021, с. 249-264. URL: <https://journal.lduvs.lg.ua/index.php/journal/article/view/1319/1196>
5. Про Національний архівний фонд та архівні установи: Закон України від 24.12.1993 р. № 3814-ХІІ (в редакції від 16.10.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3814-12> [станом на 20.08.2021 р.].
6. Українська архівна енциклопедія. Київ. 2008. 880 с.
7. Стратегічна програма розвитку архівної справи України на середньострокову перспективу (2019–2023 рр.). 2019 р., с. 17-18. URL: https://undiasd.archives.gov.ua/doc/strateg_prog_rozv_arch_spav.pdf
8. Попова Л.М., Хромов А.В. Проблема правової визначеності унікальних документів Національного архівного фонду. *Наше право*: науково-практичний журнал. Харків: ХНУВС, 2021. № 15. С. 5–13. URL: http://nashe-pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/2021/03/5-_Popova_Hromov.pdf.
9. Державна архівна служба України. Про роботу Укрдержархіву, архівних установ і спеціальних установ страхового фонду документації у 2020 році та пріоритети Укрдержархіву на 2021 рік. Київ. 2021. 90 с.

Поняття «надзвичайних та особливих судів» (стаття 125 Конституції України)

*Худик А.М., к.ю.н., помічник судді
Вищий антикорупційний суд*

Відповідно до ч. 6 ст. 125 Конституції України, в Україні не допускається створення надзвичайних та особливих судів [1]. Попри те, що в Основному законі не конкретизовано змісту понять «надзвичайний суд» і «особливий суд», аналіз змісту наведеного положення в

його системному зв'язку з іншими приписами цієї ж статті дає підстави для висновку, що такими не можуть вважатися суди, які належать до єдиної системи судоустрою України, утворені у встановленому Конституцією України порядку, мають визначену законом юрисдикцію, а їхні рішення можуть бути оскаржені в касаційному порядку до Верховного Суду [5].

У Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11 липня 2001 р. № 3-в/2001 міститься така юридична позиція: «Надзвичайними і особливими судами, за змістом статті 125 Конституції України, є суди, створені для підміни звичайних судів, які належним чином не дотримують встановлених законом процедур» (абз. 7 підп. 2.1. п. 2 мотивувальної частини Висновку).

Отже, ні Конституція України, ні практика Конституційного Суду України не містять розмежування між надзвичайними та особливими судами.

Що ж до науки конституційного права, то в ній під «особливими судами розуміють відокремлені судові установи зі своєю системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (як правило, тільки кримінальних).

Надзвичайними судами вважаються суди, які утворюються одноразово, для розгляду конкретної (як правило, кримінальної) справи на підставі спеціального акта відповідного органу державної влади.

Таке значення наведених понять означає, що навіть закріплення у законі можливості існування таких судів і визначення певного порядку їх утворення не позбавляє їх статусу особливих чи надзвичайних, оскільки вони за своєю природою суперечать закладеним у Конституції вимогам» [4].

В енциклопедичній літературі відзначається, що «надзвичайні суди не є судами у вищезгаданому сенсі, створюються в разі екстраординарних ситуацій – війни, революції, державного перевороту, надзвичайного стану тощо. Діяльність надзвичайних судів має каральний характер і не регламентована процесуальним правом, справи розглядаються в закритих засіданнях, рішення не підлягають оскарженню. Створення надзвичайних судів прямо заборонене більшістю сучасних конституцій» [3].

Згідно з юридичною енциклопедією, спеціальні суди – це судові інституції з надзвичайними або особливими повноваженнями: військові та інші трибунали, особливі трудові [суди], сесії народного суду, надзвичайні сесії судових установ, особливі сесії у справах про неспроможність кооперативних організацій при окружних судах, дисциплінарні суди, залізничні лінійні суди і водні транспортні суди, спеціальні табірні суди тощо [7].

Інколи в теорії конституційного права до особливих судів зараховують судові органи, що утворені поза межами системи судоустрою, порядок формування яких суттєво різниться від правил, на підставі яких створюються звичайні суди.

Суб'єктами кримінального переслідування в особливому суді є визначена за конкретним статусом і досить невелика за кількістю група осіб, а інколи навіть й одна особа. Юрисдикція такого суду (коло кримінально караних діянь, за вчинення яких особа переслідується в цьому суді) є також досить вузькою та специфічною. Рішення особливого суду, зазвичай, не можуть бути переглянуті найвищим судом загальної юрисдикції або будь-яким іншим судом.

При цьому особливим може бути як національний, так і міжнародний суд. До особливих судів можна зарахувати окремі міжнародні судові інституції, такі як Нюрнберзький трибунал (1945–1946 рр.), Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (1993–2017 рр.), Міжнародний трибунал щодо Руанди (1994–2015 рр.) тощо [8].

У Спільному висновку AMICUS CURIAE відзначається, що для зарахування суду до категорії надзвичайних чи особливих наявність має бути одна або кілька з наведених характеристик:

- суд утворено поза єдиною системою судоустрою, для підміни звичайних судів;
- суд утворено в інший спосіб, ніж це передбачено конституцією та законом;
- суд не дотримується встановлених законом процедур, а розглядає справи за особливими (винятковими) процедурами;

– рішення суду не підлягають оскарженню [8].

Підсумовуючи вищенаведені положення, вважаємо, що «особливим судом» можна вважати суд, який одночасно відповідає таким ознакам:

- наділений спеціальними повноваженнями;
- є відокремленою судовою установою;
- має власну систему інстанцій (його рішення не підлягають оскарженню);
- утворений для розгляду конкретної справи, групи справ або щодо конкретних осіб.

«Надзвичайним судом» є суд, який одночасно відповідає таким ознакам:

- утворюється за наявності екстраординарних ситуацій – війни, революції, державного перевороту, надзвичайного стану;
- для розгляду конкретної (як правило, кримінальної) справи;
- утворюється на підставі спеціального закону і його діяльність не регламентована процесуальним правом;
- його діяльність має каральний характер;
- справи розглядаються в закритих засіданнях;
- рішення не підлягають оскарженню.

Література

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 17.05.2021).
2. Висновок № 15 (2012) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про спеціалізацію суддів. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(2012\).pdf](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(2012).pdf) (дата звернення: 21.04.2021).
3. Вільна енциклопедія «Вікіпедія». URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Суд> (дата звернення: 20.08.2021).
4. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. С. 873.
5. Лемак О. Права на встановлений законом суд і верховенство права. Міжнародний гуманітарний університет. 2014. № 9-1. URL: <http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc9/15.pdf> (дата звернення: 17.05.2021).
6. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 20.08.2021).
7. Спеціальні суди. *Юридична енциклопедія*: [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. Київ: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5: П-С. 736 с. URL: https://leksika.com.ua/16751108/legal/spetsialni_sudi (дата звернення: 20.08.2021).
8. Спільний висновок AMICUS CURIAE. URL: https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2020/10/AmicusCuriae-VAKS-final-style_01_102.pdf (дата звернення: 21.04.2021).

Концепт «Держава у смартфоні»: крок на шляху до конституціоналізації цифрових прав людини

Чалабієва М.Р., к.ю.н., науковий співробітник

*Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування
НАПрН України*

Стрімкий розвиток цифрових технологій, їх активне використання у різноманітних сферах життя людини автоматично провокує вдосконалення нормативно-правових норм, які здійснюють регулювання конституційних прав людини.

Водночас, вже існуючий концепт «Держава у смартфоні» сьогодні дає змогу громадянам реалізувати власні цифрові права в умовах масової діджиталізації. Особи мають можливість скористатися значним обсягом сервісів в межах Єдиного електронного порталу державних послуг [1].

Важливо підкреслити, що актуальність нормативно-правового забезпечення цифрових прав людини підвищується з огляду на всесвітню пандемію COVID-19: держава прикладає максимум зусиль для запобігання загрозам здоров'ю населення і по наданню медичної допомоги тим, хто її потребує. Зокрема, медична інформаційна система Helsi.Me [2] дозволяє створити особистий електронний кабінет пацієнта, записатися на прийом до лікаря чи на вакцинацію лише за допомогою мережі Інтернет.

Вживаючи заходів по запобіганню поширенню інфекції, державна влада частково обмежує права людини, дозволяючи змінити механізм реалізації з типової форми офлайн на прогресивний онлайн.

Право на охорону здоров'я та медичну допомогу, право на працю, на судовий захист та підприємницьку діяльність, свободу інформації та ін. – сьогодні всі ці права вже просякнуті тенденцією діджиталізації та потребують нормативно-правового врегулювання.

Саме тому концепція «Держава у смартфоні» виступає каталізатором конституціоналізації цифрових прав, яка потребує негайної юридичної регламентації.

Наукова спільнота досі дискутує щодо дефініції «цифрові права»: деякі науковці розглядають їх не як окрему групу прав людини, а як умовну категорію, що охоплює особливості реалізації та гарантії захисту фундаментальних прав людини в Інтернеті, зокрема, свободи вираження поглядів та права на приватність онлайн [3, с. 6].

Так, частина вчених прихильники ідеї цифрових прав, як похідних від інформаційних. Інші ж – тлумачать їх, як права на доступ, використання, створення й публікацію цифрових творів, право на вільний доступ до мережі Інтернет та використання комп'ютерно-технічного устаткування [4].

Власне, ми пропонуємо розуміти цифрові права у традиційному та специфічному розумінні.

Під традиційними цифровими правами ми маємо на увазі вже усталені конституційні права людини, які досі мали можливість реалізуватися виключно офлайн:

- право на інформацію – широковідомо, що кожен має право вільно висловлюватися свої погляди, шукати, отримувати та поширювати інформацію, у тому числі, онлайн; тому Єдиний державний веб-портал відкритих даних [1] дає населенню можливість ознайомитися з інформацією, яка оприлюднена органами державної влади;

- право на охорону здоров'я – пандемічні будні диктують інші умови для існування: на щастя, ініційовані державою системи «eHealth» (eZdorovya) та портал «Helsi.Me» [2] надають можливість обрати лікаря, записатися на прийом та отримати медичну інформацію лише за допомогою гаджетів та Інтернет з'єднання, а отже – платформи суттєво зменшують очні соціальні контакти, охороняючи здоров'я українських громадян;

- право на освіту – мережа містить значні об'єми освітньої інформації. Державні платформи також не відстають: «Дія. Цифрова освіта» [5] включає численні освітні серіали з медіа-грамотності;

- право на працю – дистанційна робота стає оптимальним варіантом у час світової пандемії. Наразі, право на працю повноцінно реалізується за допомогою Інтернет-сервісів: від пошуку вакансії до безпосереднього виконання робочих завдань. Державна платформа «Дія. Бізнес» [6] успішно надає консультації підприємцям;

- право на судовий захист – забезпечується платформою «Електронний суд» [7], яка забезпечує документообіг між учасниками судового процесу, судами та третіми особами, що беруть участь у судовому процесі;

- право на сім'ю – сьогодні нікого не дивують Інтернет-знайомства. Цікаво, що таке спілкування сприяє побудові гармонійного суспільства, більш ніж третина знайомств відбуваються саме у мережі. Крім того, сервіс «єМалятко» [8] гарантує отримання більш ніж

10 державних послуг, що є опосередкованою реалізацією конституційного принципу охорони сім'ї та батьківства.

Окремо зазначимо, можливість соціальних мереж виконувати функцію засобу реалізації цифрових прав людини. Широка тематична різноманітність та масштаб впливу цього інструменту на свідомість суспільства надає подібну практичну варіативність. Детально цю тему ми висвітлили в окремому дослідженні [9].

Враховуючи світові тенденції, до другої групи специфічних цифрових прав ми сьогодні відносимо:

– право на доступ до Інтернету – кожен має право на рівний доступ до безпечної мережі, яка повинна гарантуватися державою. Так, Міністерство цифрової трансформації пообіцяло до 2024 року підключити 95% території України до високошвидкісного Інтернету.

Важливо, що офіційно на міжнародному рівні, право на доступ до інтернету досі фактично не визнано, як «право людини», але Рада з прав людини ООН засуджує дії країн, які дозволяють обмежувати доступ до мережі;

– право на вільне вираження поглядів – очевидно, що таке право давно успішно реалізується офлайн. Але онлайн інтерпретація передбачає заборону державі штучно створювати перепони населенню щодо пошуку відкритої інформації у мережі Інтернет;

– право на захист персональних даних – передбачає заборону збирання інформації без дозволу особи;

– право на персональну безпеку – передбачає два етапи: гарантування державою безпечного кібер-простору, та проведення освітніх проєктів, ініціатив щодо питання кібергігієни та поведінки у мережі;

– право на цифрові демократичні інструменти – особи можуть задовольняти політичні інтереси онлайн, об'єднуючись у соціальні спільноти.

Резюмуючи, слід підкреслити, що наразі розвиток конституційного права України фактично не встигає за технічно-цифровою трансформацією суспільства. Діджиталізація охопила процес комунікації держави та населення, включаючи, контроль з боку громадян за діяльністю державної влади.

Задля підвищення ефективності державного регулювання сфери цифрових прав слід звернути увагу на нормативний досвід країн (зокрема, на найвищому конституційному рівні), де вже успішно відбувся процес діджиталізації.

Література

1. «Єдиний електронний портал державних послуг. Державні послуги онлайн». Офіційний веб-сайт. URL : <https://diia.gov.ua/> (дата звернення: 15.08.2021).

2. «Helsi. Me». Офіційний веб-сайт. URL : <https://helsi.me/about> (дата звернення : 15.08.2021).

3. Володовська В., Дворовий М. Права людини онлайн: Порядок денний для України. Київ: ГО «Лабораторія цифрової безпеки», 2019. 56 с.

4. Карцихия А.А. Цифровая трансформация и права человека. Русская политология. 2018. № 4. С. 33–38. С. 35–36.

5. «Дія. Цифрова освіта». Офіційний веб-сайт. URL : <https://osvita.diia.gov.ua/> (дата звернення : 07.08.2021).

6. «Дія. Бізнес». Офіційний веб-сайт. URL : <https://business.diia.gov.ua/> (дата звернення: 07.08.2021).

7. «Електронний суд». Офіційний веб-сайт. URL : <https://id.court.gov.ua> (дата звернення : 07.08.2021).

8. «єМалятко». Офіційний веб-сайт. URL : <https://diia.gov.ua/life-situations/yemalyatko> (дата звернення : 07.08.2021).

9. Чалабієва М. Р. Соціальні мережі як засіб реалізації прав людини в Україні. *Jurnalul juridic national: teorie și practică* (Национальный юридический журнал: теория и практика). 2019. № 3 (37). С.46–49.

Інституційні принципи адміністративно-процедурного права: загальна характеристика

Шарая А.А., д.ю.н., доцентка
Запорізький національний університет

Інституційними принципами адміністративно-процедурного права є правила, приписи, положення, відповідно до яких забезпечується реалізація окремих видів адміністративних процедур, які уособлюють певну специфіку і є характерними не для всіх процедур. Враховуючи існування досить широкого спектру і переліку останніх, зазначені принципи у тій чи іншій мірі відображають сутність і особливість таких адміністративних процедур.

Враховуючи загальні положення щодо класифікаційного розподілу принципів адміністративних процедур як «базової» категорії для адміністративно-процедурного права, наявну наукову різноманітність у підходах до їх класифікації, цілком можна запропонувати й умовно поділяти принципи адміністративно-процедурного права на такі дві «базові» видові групи:

1) *універсальні принципи* адміністративно-процедурного права – принципи, які є «фундаментом» для регулювання відносин щодо всіх без винятку адміністративних процедур, мають загальний, всеохоплюючий універсальний характер;

2) *інституційні принципи* адміністративно-процедурного права, які є характерними для регулювання суспільних відносин саме щодо окремих різновидів адміністративних процедур, серед яких:

– *принципи правотворчих адміністративних процедур* (визначають фундаментальні ідеї для здійснення процедури підготовки та прийняття підзаконного нормативно-правового акта);

– *принципи правозастосовних адміністративних процедур* (визначають основні ідеї і положення, на підставі яких відбувається реалізацію неюрисдикційних адміністративних процедур (дозвільні, ліцензійні, реєстраційні, контрольні-наглядні, заохочувальні, атестаційні, надання адміністративних послуг, відповідь на запит про надання публічної інформації, укладання адміністративних договорів тощо) та юрисдикційних адміністративних процедур (у справах про адміністративні проступки, які розглядаються у позасудовому порядку, у справах про дисциплінарні проступки, адміністративне оскарження, виконавче провадження тощо).

Інституційні принципи адміністративно-процедурного права є узагальненням практичного позитивного досвіду адміністрування і ґрунтуються на певних законах і закономірностях суспільного розвитку. Назва «інституційні» пов'язана з іменником «інститут», який запозичено від латинського «institutum» – устрій, установа, й означає: «1. Сукупність норм права, що охоплює певні суспільні відносини. 2. Назва науково-дослідних установ, а також вищих спеціалізованих навчальних закладів. 3. Навчально-методичні установи системи підвищення кваліфікації спеціалістів. 4. Окремий тип педагогічного навчального закладу (напр., учительський інститут). 5. Привілейований жіночий середній навчальний закритий заклад» [1, с. 103]. Часто у джерелах можна зустріти використання схожих за звучанням слова (наприклад, інститутський, інституціональний), проте аналіз словникової та енциклопедичної літератури дає підстави стверджувати, що «інститутський» є прикметником до слова «інститут», тобто той, що «пов'язаний спільним навчанням, науковою працею й т. ін. в інституті», «який відбувається (відбувався) в інституті, пов'язаний з ним» [2, с. 499]. Прикметник «інституціональний» походить від слова «інституція», що означає «установа, заклад»; «частина, підрозділ установи, закладу» [3, с. 34]. Таким чином, цілком логічним і обґрунтованим видається застосування слова «інституційний» по відношенню до принципів адміністративних процедур (як окремих складових елементів – інститутів адміністративно-процедурного права). Тому варто більш детально зупинитись на правовій характеристиці саме інституційних принципів адміністративно-процедурного права.

Очевидно, що перелік універсальних принципів (верховенство права, у тому числі законності та юридичної визначеності; рівність перед законом; обґрунтованість; безсторонність (неупередженість) адміністративного органу; добросовісність і розсудливість; пропорційність; відкритість; своєчасність і розумний строк; ефективність; презумпція правомірності дій та вимог особи; офіційність; гарантування права особи на участь в адміністративному провадженні; гарантування ефективних засобів правового захисту) не є вичерпним, але вони є загальними, для адміністративної процедури різної спрямованості. Також слід зауважити, що їх почергове (як певного переліку) зазначення зовсім не передбачає перерахування за критерієм «важливості» чи «значущості», адже взагалі заперечується ідея «ієрархічності» принципів адміністративно-процедурного права. Не можна виокремити «більш важливий» чи «менш значущий» принцип, адже кожен із них має своєрідне особливе значення, щоправда, фундаментом для всіх є принцип верховенства права.

Таким чином, аналіз, насамперед, положень нормативно-правових актів, які містять окремі норми щодо принципів окремих різновидів адміністративних процедур з їх специфікою, дає підстави стверджувати, що такі принципи характеризують сутність і особливість саме такої адміністративної процедури, створюють «правовий фундамент» для її здійснення, відображають її дійсне призначення для врегулювання відносин приватних осіб із суб'єктами публічно-владних повноважень. Унікальність кожного виду адміністративної процедури проявляється і у її принципах, які є фактично інституційними. Вже обґрунтовано, що в основі адміністративно-процедурних відносин «лежать» універсальні принципи, разом із фундаментальним принципом верховенства права, а специфіка таких відносин «розкривається» вже в інституційних принципах. Зміст і сутність таких принципів визначають «особливість» ресурсу кожної окремо взятої адміністративної процедури. Саме вони і закріплюються в окремих нормативно-правових актах, а у майбутньому – їх слід зосередити в окремих главах (розділах) єдиного нормативно-правового акту з питань адміністративної процедури.

Література

1. Плотницька І. Використання паронімів в управлінських текстах. Людина. Комп'ютер. Комунікація : збірник наукових праць / Національний університет "Львівська політехніка", Інститут комп'ютерних наук та інформаційних технологій, Кафедра прикладної лінгвістики. Львів : Видавництво Львівської політехніки, 2015. С. 103-104. URL: <http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/32512/1/25-103-104.pdf>.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
3. Словник української мови : у 11 т. / гол. ред. кол. І. Білодід. Київ : „Наукова думка”, 1970-1980. Том 4, 1973. 840 с.

Первинна ланка надання медичної допомоги в умовах медичної реформи: правові засади

*Шатковський Я.М., к.ю.н., доцент
Запорізький національний університет*

Здоров'я об'єктивно відноситься до категорій, найбільш значущих для людини. Це природньо, оскільки проблеми зі станом здоров'я автоматично ставлять на другий-третій план інші, важливі для людини потреби. Відтак констатуємо ту обставину, що саме на первинній ланці медичної допомоги середньостатистичний українець отримує найбільший обсяг медичної допомоги. Виходячи з цього, актуальність аналізу правових проблеми організації діяльності первинної ланки медичної допомоги не викликає сумнівів. Ба більше, вона суттєво зростає за умови проведення у нашій державі глибинної медичної реформи.

Доцільність розгляду та дослідження ролі української медичної реформи в модернізації первинної ланки надання медичної допомоги пояснюється наступним:

- по-перше, цей вид медичної допомоги є максимально наближеним до пересічного громадянина. Житель сільської місцевості, який проживає за більш ніж сотню кілометрів до обласного центру, можливо ніколи за своє життя і не користуватиметься послугами високоспеціалізованої медичної допомоги, проте він гарантовано у певні періоди свого життя звернеться за первинною медичною допомогою (сільський фельдшерсько-акушерський пункт, районна поліклініка тощо);

- по-друге, за кращими світовими зразками організації надання медичної допомоги, до 70% її обсягів надається саме на первинному рівні. Враховуючи, що метою реформи медичної галузі в Україні є наближення до кращих прикладів її функціонування у світі, постає питання про зростання обсягів первинної медичної допомоги у структурі медичної допомоги загалом;

- по-третє, формально кажучи, у рамках нинішнього етапу медичної реформи, модернізується саме первинна ланка. За її результатами, автори планують запропонувати реформування інших сегментів організації медичної допомоги населенню;

- по-четверте, терміносполучення «кошти слідують за пацієнтом», яке раніше носило для вітчизняної медицини теоретичний зміст, наразі отримує чітке практичне наповнення: за кожного пацієнта надавач медичної допомоги отримує конкретні кошти від держави (у широкому розумінні), що реалізовуватиметься через створений центральний орган виконавчої влади – Національну службу здоров'я України.

Ключовими нормативно-правовими актами, які були прийняті у 2017 році та які стали юридичним підґрунтям для проведення масштабних змін у системі охорони здоров'я, стали Закони України від 19 жовтня 2017 року № 2168-VIII «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» та від 14 листопада 2017 року № 2206-VIII «Про підвищення доступності та якості медичного обслуговування у сільській місцевості». Активно напрацьовуються відомчі документи Міністерства охорони здоров'я України.

На що необхідно звернути увагу? Передовсім на проблематику державних гарантій медичного обслуговування населення (програма медичних гарантій). Простий поверховий аналіз даної норми свідчить про певну міру неспівпадіння такого роду гарантій із продекларованими Конституцією України гарантіями безоплатної медичної допомоги. Тобто ми бачимо, що оплату надання пацієнтам медичної допомоги в державних комунальних лікувально-профілактичних установах держава гарантує не у повному обсязі. Лише у межах програми державних гарантій медичного обслуговування населення. Але давайте задамося питанням: чи є насправді медична допомога безоплатною? І чиможє вона взагалі такою бути? Адже певні ресурси (фінансові, організаційні, кадрові, комунальні тощо) завжди витрачаються на надання медичної допомоги. Тому, на переконання автора, такого роду ситуацію «глухого замовчування» вказаної проблеми потрібно міняти.

Ще у 2014 році, до запровадження сучасної медичної реформи, Н.В. Шевчук на сторінках «Публічного права» зазначала, що процеси адміністративно-правового забезпечення фінансування охорони здоров'я мають базуватись на наступних засадах:

- відходу від «зрівнялівки» у фінансуванні регіонів;
- відходу від «коєчного фінансування» охорони здоров'я, оскільки останній підхід стимулюватиме штучне завищення показників знаходження у стаціонарі;

- поєднання централізації та децентралізації у фінансуванні охорони здоров'я на місцях;

- урахування соціально-економічного стану того чи іншого регіону з метою вирівнювання показників фінансування медичної сфери і, відповідно, вирівнювання правового статусу отримувачів медичної допомоги [1, с. 57]. Маю зазначити, що більшість із вказаного наразі поступово втілюється у життя. Водночас, на що варто звернути увагу, – та обставина, що поєднання централізації та децентралізації у фінансуванні охорони здоров'я на місцях – ця ідея досить позитивно вписувалася б і у процеси децентралізації, що наразі

проходять в Україні. Проте створення Національної служби здоров'я України та делегування їй повноважень щодо фінансування надання медичної допомоги певною мірою дисонує із вказаним вище.

Слушними є пропозиції С.Г. Стеценка стосовно того, що «загалом же реформування сфери охорони здоров'я має ініціювати більш активний розвиток медичного права, – нового правового утворення, що об'єктивно претендує на статус самостійної галузі права. Важливо усвідомити, що це об'єктивний процес, при якому медичне право здатне стати помічником реформаторів охорони здоров'я, їх теоретико-методологічним та практичним інструментарієм для провадження новацій. На наше переконання, тоді і ступінь легітимності реформ буде суттєво вищою» [2, с. 60]. У цій частині важливо долучати юристів, які спеціалізуються на питаннях правового регулювання медичної діяльності до опрацювання проблем організації охорони здоров'я. Вони мають бути на початку реформаторського шляху. У цьому сенсі дійсно, медична реформа та медичне право збагачуватимуть один одного.

Таким чином, первинна ланка медичної допомоги є найбільш чутливою при реформуванні системи охорони здоров'я. Як і дуже соціально чутливими є пацієнти, котрі максимум медичної допомоги отримують саме на її первинному рівні. Відтак проблемам правового регулювання вказаних процесів варто приділяти підвищену увагу.

Література

1. Шевчук Н.В. Фінансування медицини як складова механізму адміністративно-правового регулювання охорони здоров'я на регіональному рівні. *Публічне право*. 2014. № 2. С. 52–58.
2. Стеценко С.Г. Медична реформа в Україні: право, політика, мораль. *Публічне право*. 2017. № 4. С. 57-61

Системність у розвитку адміністративного законодавства

Школик А.М., д.ю.н., доцент

Львівський національний університет імені Івана Франка

Тридцятирічний ювілей України, з яким збігся аналогічний період діяльності юридичного факультету Запорізького національного університету, є добрим часом для аналізу стану досягнень (чи їх відсутності) у всіх галузях вітчизняного законодавства, включаючи адміністративне.

На наш погляд, діяльність єдиного органу законодавчої влади – Верховної Ради України усіх скликань протягом усіх трьох десятиліть, аж до останнього часу, загалом не відзначалась системністю впроваджуваних змін у законодавчі акти. Під системністю у розвитку законодавства розуміємо правотворчу діяльність, спрямовану не лише на ухвалення нових, витребуваних потребами суспільства та часу юридичних норм, але й створення логічно збудованої та упорядкованої сукупності нормативно-правових актів. У вітчизняній адміністративно-правовій доктрині такий підхід більше асоціюється з відносно усталеним поняттям систематизації адміністративного законодавства, під якою розуміють «процес упорядкування, удосконалення нормативно-правових актів, приведення їх у певну систему з метою ефективного регулювання адміністративних правовідносин» [1, с. 855].

Таким чином, створення повноцінної системи нормативно-правових актів є метою, на досягнення якої мали б працювати, принаймні, три категорії осіб:

- народні депутати України, для яких законодавча діяльність вважається основною функцією;
- науковці у сфері права, які мали б генерувати ідеї для правотворчості та формулювати пропозиції щодо удосконалення існуючих та створення нових джерел права;
- фахівці з нормопроєктування, що є юристами за освітою та спеціалізуються на розробці проектів законодавчих та інших нормативно-правових актів.

Така позиція дещо відрізняється від підходу професора Р.С. Мельника, який стверджує, що «система адміністративного права є юридичною фікцією, оскільки формується (створюється) виключно науковцями, які ставлять собі завданням систематизувати та об'єднати в певні групи численні норми адміністративного права, що розробляються та приймаються суб'єктами правотворчості переважно у безсистемному (хаотичному) порядку» [1, с. 854]. Проте звернемо увагу, що мова у цій цитаті йде про систему адміністративного права, яке розглядають ширше: не лише як галузь національного права, але й як науку та навчальну дисципліну. Ми ж будемо зосереджуватись на ще вужчій категорії адміністративного законодавства, а також спробуємо з'ясувати ступінь системності (або ж безсистемності) його розвитку в Україні.

Та повернемося до нашого виділення трьох категорій осіб, потенційно заінтересованих у створенні справжньої системи актів адміністративного законодавства і наважимося ствердити, що науковці у сфері адміністративного права останніми роками продукують достатньо багато пропозицій у цьому напрямі. Не піднімаючи окремої та надзвичайно складної проблематики якості наукових досліджень, акцентуємо свою увагу на питанні практичного використання рекомендацій науковців у правотворчості, при тому як українським парламентом, так і іншими уповноваженими суб'єктами, наприклад органами місцевого самоврядування. Станом на сьогодні кількість друкованих видань, у яких публікують свої результати наукової діяльності, є настільки численною, що про всеохоплююче змістовне опрацювання, а тим більше – практичне використання їх суб'єктами правотворчості на національному та локальному рівнях можна говорити лише як про дуже фрагментарне. Точніше кажучи, пропозиції науковців та інших фахівців у сфері адміністративного права і процесу щодо удосконалення відповідних нормативно-правових актів або ж створення повністю нових не так часто реалізують у реальній правотворчості. У кінцевому підсумку, чимала частка наукових розробок залишається не реалізованою, тобто, наука працює для себе самої, а в кращому випадку – також і для юридичної освіти.

З іншого боку вже зазначалось, що чимало запитань, зокрема, щодо системності розвитку адміністративного законодавства, викликає діяльність національного парламенту, включаючи роботу профільних комітетів Верховної Ради України. Щоправда, останніми роками стан тут дещо покращився, зокрема, з'явилась (відновились) практика планування законопроектної діяльності. У поточному, 2021 році відповідна Постанова Верховної Ради України, якою було затверджено План законопроектної роботи парламенту, була прийнята відносно вчасно, на початку лютого. У цій Постанові було рекомендовано «суб'єктам права законодавчої ініціативи першочергово здійснювати розроблення та внесення на розгляд Верховної Ради України законопроектів, визначених Планом» [2], що загалом варто оцінити як рух у правильному напрямі до впорядкування законодавчої діяльності.

Названий План законопроектної роботи на 2021 рік передбачає завдання розробки і прийняття ряду важливих для повноцінного забезпечення системності розвитку актів адміністративного законодавства, серед яких наведемо:

- проект Кодексу про адміністративні проступки, яким очевидно буде замінено істотно застарілий чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення, – доцільність такої заміни окремі вітчизняні адміністративісти декларують уже протягом десятиліть, але поки безрезультатно;
- проект Закону про префектів, з прийняттям якого має втратити чинність Закон «Про місцеві державні адміністрації», звичайно, що це може відбутись лише після відповідних змін до Конституції України в частині децентралізації публічної влади;
- проект (нова редакція) Закону про службу в органах місцевого самоврядування, історія з прийняттям якого триває вже кілька років, протягом яких залишаються необґрунтовані відмінності правового регулювання двох базових видів публічної служби: державної та муніципальної;
- проект Закону про основні засади державного нагляду (контролю), яким, очевидно, будуть поширені існуючі гарантії при здійсненні інспекційної діяльності публічної

адміністрації для суб'єктів господарювання, також на інших приватних осіб, які не мають такого статусу;

- проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо приведення окремих актів законодавства України у відповідність до Закону України "Про публічні електронні реєстри" (після прийняття останнього), – цими законодавчими планується уніфікувати функціонування державних реєстрів, які станом на сьогодні є розрізненими і не завжди взаємопов'язаними;

- проект Закону про приведення деяких законів України у відповідність до Закону України "Про адміністративну процедуру" (протягом року з моменту евентуального прийняття останнього).

Останні два законопроекти слугують найкращими прикладами необхідності забезпечення системності у розвитку адміністративного законодавства. Адже прийняття одного законодавчого акта тягне за собою потребу оперативної новелізації пов'язаних законодавчих актів, не кажучи вже про погодження із ними численних підзаконних нормативно-правових актів. На жаль, навіть внесення до Плану законопроектної роботи парламенту не гарантує вчасного ухвалення відповідного закону. Яскравим прикладом тут є триваюча історія із затримкою з прийняттям основоположного акта адміністративного законодавства – загального Закону України «Про адміністративну процедуру» (первинно під назвою Адміністративно-процедурного кодексу), який після двадцятирічної епопеї розробки, доопрацювання та кількох спроб розгляду у Верховній Раді України, у минулому 2020 році вперше було прийнято за основу і уже майже півроку очікує на друге читання [3].

Інакше кажучи, щоб законопроект став законом, необхідна політична воля членів національного парламенту, а як засіб для її досягнення – відповідне лобювання законопроекту. Прикро зауважувати, що законопроекти, які не несуть із собою можливості отримання швидких політичних дивідендів, але безсумнівно потрібні суспільству і державі загалом, достатньо складно лобюються та ухвалюються в єдиному органі законодавчої влади України. Можливо, покращить ситуацію у цьому контексті майбутнє правове регулювання відносин із прийняттям Закону про лобістську діяльність в Україні, який також включено до Плану законопроектних робіт національного парламенту в поточному році [2].

Тим часом, окремі законопроекти достатньо швидко набувають статус чинного законодавчого акта, при тому не завжди із дійсним врахуванням вимоги системності розвитку. Тут наведемо приклад із нещодавнім ухваленням Закону України "Про особливості надання публічних (електронних публічних) послуг" [4], який повинен набути чинності у листопаді поточного року. Доцільність правового регулювання електронних публічних послуг на рівні законодавчого акта загалом не викликає жодних сумнівів і спрямована на подальшу цифровізацію правовідносин між приватними особами та публічною адміністрацією та їх максимальне спрощення. Більше того, запроваджуючи нову законодавчу категорію «електронних публічних послуг», у прикінцевих положення нового Закону було передбачено модифікований варіант визначення «адміністративної послуги» у відповідному рамковому Законі України 2012 року, а також – окремі зміни до статті 9, яка регулює порядок надання адміністративних послуг.

Тобто, на перший погляд розробники нового Закону (його ініціаторами на офіційному сайті вважаються понад сто народних депутатів України [5]) врахували вимогу системності, внісши відповідні зміни до Закону України «Про адміністративні послуги». Однак внесені зміни до статті 9 цього Закону про порядок надання адміністративних послуг не матимуть тривалого застосування. Адже із прийняттям уже згаданого вище загального акта (закону або ж кодексу) про адміністративну процедуру зазначена стаття взагалі втратить чинність, що передбачено в останньому варіанті офіційного законопроекту [5]. Тому у законодавчій діяльності вимога системності передбачає необхідність внесення відповідних змін, доповнень чи скасування юридичних норм не лише при узгодженні нових законодавчих актів із чинними, але також і з законопроектами, що із високим рівнем ймовірності будуть ухвалені та регулюватимуть подібні адміністративні правовідносини.

В якості висновку до цієї короткої публікації зазначимо, що підвищення рівня системності у розвитку адміністративного (і не тільки) законодавства можна забезпечити лише через налагодження взаємодії та об'єднання зусиль усіх трьох названих вище категорій осіб: науковців, експертів з нормопроекування та членів українського парламенту.

Література

1. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Т.5: Адміністративне право / редкол.: Ю.П. Битяк та ін. Харків: Право, 2020. 960
2. Постанова Верховної Ради України від 02.02.2021 р. «Про План законопроектної роботи Верховної Ради України на 2021 рік». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1165-20#Text>.
3. Проект Закону України № 3475 в редакції від 08.04.2021 р. «Про адміністративну процедуру». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834
4. Закон України від 15.07.2021 р. «Про особливості надання публічних (електронних публічних) послуг». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1689-20#Text>
5. Проект Закону України № 5495 від 14.05.2021 р. «Про особливості надання публічних (електронних публічних) послуг». URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71906

Кримінально-правові аспекти відповідальності за домашнє насильство щодо дітей

Ющук О.І., к.ю.н., доцентка

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Хоч проблема домашнього насильства виникла доволі давно, вона донині залишається невирішеною, але, на жаль, історія боротьби з насильством у сім'ї є не настільки тривалою, як і період існування самої проблеми. Не секрет, що донедавна правами жінок у більшості держав відверто нехтували, вважаючи їх, а також неповнолітніх дітей, лише власністю чоловіка. Фізичні покарання за неналежну поведінку були звичним явищем, а насильство щодо власної дружини та дітей взагалі не вважалося порушенням ані норм права, ані моралі [1, с. 19].

Проблема насильства над дітьми стоїть в Україні дуже гостро. Таке явище в цілому є неприпустимим, адже, завдаючи глибоких фізичних чи психологічних травм, воно несе в собі непоправні наслідки не тільки для жертви. Часто домашнє насильство щодо дитини стає причиною порушення її репродуктивної функції, приводить до народження нездорового, неповноцінного потомства, а отже має негативний вплив на прийдешні покоління, зумовлюючи погіршення генофонду держави [6, с. 128].

Кримінальне законодавство України (ст. 126-1 КК України) в 2017 році передбачило відповідальність за домашнє насильство, а саме за умисне систематичне вчинення фізичного, психічного або економічного насильства щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, що призводить до фізичних або психологічних страждань, розладів здоров'я, втрати працездатності, емоційної залежності або погіршення якості життя потерпілої особи. Потерпілими особами від такого кримінального правопорушення можуть бути такі особи: 1) подружжя; 2) колишнє подружжя; 3) наречені; 4) мати (батько) або діти одного з подружжя (колишнього подружжя) та інший з подружжя (колишнього подружжя); 5) особи, які спільно проживають (проживали) однією сім'єю, але не перебувають (не перебували) у шлюбі між собою, їхні батьки та діти; 6) особи, які мають спільні дитину (дітей); 7) батьки (мати, батько) і дитина (діти); 8) дід (баба) та онук (онука); 9) прадід (прабаба) та правнук (правнучка); 10) вітчим (мачуха) та пасинок (падчерка); 11) рідні брати і сестри; 12) інші родичі: дядько (тітка) та племінник (племінниця), двоюрідні брати і сестри, двоюрідний дід (баба) та двоюрідний онук (онука); 13) діти подружжя, колишнього подружжя, наречених,

осіб, які мають спільну дитину (дітей), які не є спільними або всиновленими; 14) опікуни, піклувальники, їхні діти та особи, які перебувають (перебували) під опікою, піклуванням; 15) прийомні батьки, батьки-вихователі, патронатні вихователі, патронатні вихователі, їхні діти та прийомні діти, діти-вихованці, діти, які проживають (проживали) в сім'ї патронатного вихователя (ст. 3 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству»). Що стосується потерпілих дітей, то це можуть бути особи як жіночої так і чоловічої статі, які зазнали домашнього насильства, в тому числі і як свідки насильства в лоні сім'ї, що стосовно них є різновидом психологічного насильства [5, с. 270].

Стаття 91-1 КК України передбачає, що суд може застосувати до особи, яка вчинила домашнє насильство, один або кілька обмежувальних заходів та покласти на неї такі обов'язки: 1) заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства; 2) обмеження спілкування з дитиною у разі, якщо домашнє насильство вчинено стосовно дитини або у її присутності; 3) заборона наближатися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку з роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин; 4) заборона листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб; 5) направлення для проходження програми для кривдників або пробаційної програми [3].

Відповідно до статті 91-1 КК України до особи, яка вчинила домашнє насильство може бути застосовано обмежувальний захід, який передбачає обмеження спілкування з дитиною у разі, якщо таке домашнє насильство вчинено стосовно дитини або у її присутності. Таке обмеження слід розуміти як повну заборону спілкування з дитиною, так і заборону спілкування за певних обставин, зокрема, абсолютна заборона спілкування з дитиною під час перебування кривдника в стані алкогольного чи іншого сп'яніння, заборона спілкування з дитиною в нічний чи інший час, у відсутності інших осіб, за межами певної визначеної території тощо. Слід розуміти таке обмеження, що суд в кожному випадку повинен врахувати інтереси дитини та максимально забезпечити її безпеку у разі спілкування із особою від якої вона зазнала домашнього насильства чи була свідком такої події.

Застосування вказаного обмежувального заходу передбачає максимальне врахування обставин справи та інтересів малолітнього та неповнолітнього, який став жертвою чи свідком насильства в сім'ї. Очевидно, що наслідки для дитини, яка зазнала будь-якого з видів насильства є більш тяжкими, ніж для тієї, що спостерігала його вчинення щодо іншої особи. Окрім цього, глибина нанесеної травми залежить від рівня світосприйняття дитини, обставин, за яких їй була завдана шкода, а також тих, що передували акту насильства, її віку, та, що є надзвичайно важливим, можливості повторення уже пережитого. Враховуючи ці та багато інших умов, законодавством надане широке поле розсуду суду, який уповноважений розглядати кримінальне провадження, пов'язане з домашнім насильством. З огляду на це обмеження спілкування може мати вигляд тотальної заборони контактувати з потерпілим, або передбачати можливість таких контактів лише за певних обставин, зокрема на визначеній території чи у визначений час, у присутності особи або кола осіб [7, с. 302].

Застосування даного обмежувального заходу може ускладнюватися у тому випадку, коли інших родичів, окрім особи, яка вчинила насильство над дитиною, остання не має. Відповідно до ч.1 ст.9 Конвенції про права дитини держави-учасниці забезпечують те, щоб дитина не розлучалася з батьками всупереч їх бажанню, за винятком, коли компетентні органи згідно з судовим рішенням, визначають відповідно до застосовуваного закону і процедур, що таке розлучення необхідне в якнайкращих інтересах дитини. Таке визначення може бути необхідним у тому чи іншому випадку, наприклад, коли батьки жорстоко поведуться з дитиною або не піклуються про неї, або коли батьки проживають роздільно і необхідно прийняти рішення щодо місця проживання дитини [2]. У разі неможливості захисту інтересів дитини, постраждалої від домашнього насильства, у спосіб, інший, ніж обмеження спілкування з кривдником, який є єдиним членом сім'ї чи родичем жертви,

законодавством передбачено механізм влаштування дитини на строк дії обмежувального заходу. Так, згідно з листом МОН України від 18.05. 2018 р. № 1/11–5480 «Методичні рекомендації щодо запобігання та протидії насильству» орган опіки та піклування уповноважений направити неповнолітнього на виховання до патронатної сім'ї, а до компетенції служби у справах дітей належить влаштування дитини до центру соціально-психологічної реабілітації дітей, притулку для дітей служби у справах дітей, інших установ для дітей у разі неможливості її проживання з батьками, іншими законним представниками [4]. Отже, застосування обмежувального заходу має слугувати інтересам дитини та не звужувати обсягу її прав та свобод. Вважаємо, що контроль за виконанням рішення суду в цьому випадку повинні здійснювати особи та органи, на яких тимчасово або постійно покладено обов'язки з виховання дитини, адже саме вони мають змогу безперешкодно і безперервно слідкувати за тим, чи не намагається кривдник контактувати з потерпілим попри заборону.

Гарантування прав та свобод дитини, її безпечний розвиток та захист від фізичного, психологічного насильства є невід'ємною складовою державної політики. Сім'я є тим середовищем, де дитина повинна себе почувати захищеною, повноцінно зростати та розвиватись. Зазнавання домашнього насильства залишає відбиток у свідомості дитини, що породжує психічні захворювання, психологічні травми, які можуть переслідувати її все життя. Тому, необхідно попереджувати таке насильство в сім'ях, а в разі вже вчиненого кримінального правопорушення до кривдника застосовувати обмежувальний захід – обмежувати спілкування з дитиною.

Таким чином, наразі боротьба з насильством у сім'ї належить до стратегічних цілей роботи міжнародних організацій, зокрема Організації Об'єднаних Націй, Європейського Співтовариства, про що свідчить активне дослідження та аналіз його причин, розробка шляхів запобігання цьому явищу, прийняття нормативних актів та вдосконалення процедури їх реалізації. Україна, як і більшість європейських держав, упевнено просувається на шляху до створення ефективного механізму забезпечення прав та свобод людини, гарантування безпеки найменш захищених груп населення, запобігання випадкам домашнього насильства та мінімізації впливу їх наслідків на потерпілих осіб, а також створення відповідних програм для кривдників, які дозволять змінити їх ставлення до насильства в сім'ї, перевиховати, сформувавши особистість із високим рівнем правосвідомості. Вітчизняне законодавство одним з перших стало на шлях боротьби з домашнім насильством, тому подальше вдосконалення відповідних норм повинно включатись до пріоритетних завдань внутрішньої політики держави. Один з наступних кроків – ратифікація Стамбульської конвенції, що стане ще однією гарантією дотримання Україною зобов'язань по викоріненню домашнього насильства як явища, небезпечного та неприпустимого в суспільстві.

Література

1. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М. І. Хавронюка. Київ: Ваіте, 2019. 288 с.
2. Конвенція про права дитини від 20.11.1989 р. № 995_021. Дата оновлення: 20.14.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text (дата звернення: 16.08.2021).
3. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Дата оновлення: 30.12.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n3411> (дата звернення: 15.08.2021).
4. Методичні рекомендації щодо запобігання та протидії насильству : лист МОН від 18 травня 2018 р. № 1/11–5480. Дата оновлення: 18.08.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v5480729-18#n588> (дата звернення: 16.01.2021).
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України /за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те видання, перероблене та доповнене. Київ: Дакор, 2018 1360 с.

6. Павлишин К.О. Домашнє насильство над дітьми та заходи його запобігання. *Організаційно-правові засади запобігання домашньому насильству: реалії та перспективи* : матеріали круглого столу, 31 травня 2019 р. Запоріжжя: КПУ, 2019. С. 126-130.

7. Ющик О.І. Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 2. С. 300-304.

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

Conditional release

Colescu A., PhD student, Doctoral School of Law Sciences

Scientific coordinator:

Moraru V., professor PhD University

State University of the Republic of Moldova

Conditional release is a form of individualization of the sentence during its execution. The reason for its existence is given by the fact that the purpose of the sentence of deprivation of liberty was achieved. Consequently, the limited constitutional rights of the convicted person in their full content were achieved, so he may be released and will continue the execution of certain litigations and obligations under the control and authority of state institutions.

Conditional release is one of the flexible forms of re-socialization, by alternating imprisonment with non-imprisonment periods, by which the court encourages the positive conduct of the convict during detention, giving him the benefit of being released from prison, with limited confidence and with the legal possibility to revoke or cancel the conditional release. This can happen when the trust invested in the convict is not capitalized by the exact execution of the legal litigations and of the concrete obligations in the remaining term until the end of the court's sentence.

Conditional release from life imprisonment is one of the exceptions to criminal prosecution, giving those who committed acts that induced opprobrium in the highest degree to the public opinion by releasing him from prison and continuing a period of post-detention supervision by the institutions specialized in re-socialization, with the possibility to reconsider the conditional release, if the conduct is not in accordance with the legal provisions or if the convicted person commits of a new crime. It is a way of individualizing the execution of the sentence without deprivation of liberty, granted by a final decision of the court, which has to be convinced that the convict rehabilitated himself, as a result of all the conditions imposed on his conduct during the execution of the effective fraction of 20 years of the life sentence, as well as subject to full compliance under the control of the probation service within the period of supervision. Good conduct throughout the execution of the sentence can also be ascertained by the fact that the person sentenced to life imprisonment was transferred, after 6 years and 6 months of effective execution from the maximum security regime to the closed regime, which is the ranked right under the maximum security regime.

The court may grant the benefit of conditional release and without fulfilling all the civil obligations established by the court if the convicted person proves that he did not have any possibility to fulfill them. He will prove that he does not own goods that can be capitalized for the fulfillment of civil obligations, or he does not have the sum of money or securities or that he did not manage to obtain through work the amount of money necessary to pay the obligations. For life imprisonment convicts, a penitentiary committee will analyze the convict's behavior in detention in order to propose conditional release, which consists of the judge supervising deprivation of liberty, who is also the chairman of the commission, the director the penitentiary, the deputy director for security of detention and penitentiary regime, the deputy director for education and psychosocial assistance and a probation counselor from the competent probation service according to the law in whose constituency the penitentiary is located.

The minutes written by the member of the release commission shall be submitted to the court within the territorial area of the penitentiary, together with the documents attesting the mentions contained therein. If the commission rejects the conditional release proposal, it communicates this to the convict, who signs the document, and he can address directly to the court with a request for conditional release. The deadline for postponing the re-discussion of the conditional release proposal is at most one year.

The probation counselor attaches to the minutes regarding the conditional release proposal, the recommendations regarding the supervision measures and the stipulated obligations to be applied by the court decision.

The court will analyze the request for conditional release of the convict or the proposal of the commission for individualization of the penitentiary regime and will order, conditional release or re-discussion after a new term, but this procedure cannot take more than one year. If the court issues a conditional release decision that remains final, it shall be communicated to the penitentiary and a copy to the probation service and the local police, which shall take the necessary measures to receive the convict in the surveillance system during 10 years following the release.

In case of conditional release from life imprisonment, after 20 years of effective execution, as well as after fulfilling the conditions imposed by the court, the supervised person is to be subject to the control of the probation service during the supervisory period. For convicts who were sentenced to life imprisonment, conditional release shall be made according to the rules the court decided first. In case of replacing the life imprisonment with conditional release during the execution of the sentence, the duration executed from the prison sentence will be considered as executed from the prison sentence, and the work submitted during this time will be taken into account in order to deduct some days earned by work.

The supervision of the convict during the conditional release is performed in the same way as for those released on parole from the prison sentence, by the probation service through the case manager counselor, coordinated and guided by the judge delegated for the execution of non-custodial sentences.

Regarding the conditional release in the case of imprisonment, the release is no longer differentiated according to how the crime that determined the conviction was committed, intentionally or through guilt.

Conditional release in the case of imprisonment is a way of judicial individualization of the execution of the sentence without deprivation of liberty, granted by the final decision of the court, which is convinced that the convict was justified to be released, as a result of fulfilling the conditions imposed on his conduct during the execution of the sentence, who was in the semi-open or open detention system and fulfilled the civil obligations, as well as subject to the full fulfillment of all future obligations given by the probation service within the supervisory period. If during the supervision period the convict released on parole no longer commits a new crime, the sentence shall be considered executed.

Conditional release is not a right of the convict, but a possibility granted by the court following the analysis of his conduct during the entire period of detention and only after the court has formed an opinion on the need for release, an opinion that must be motivated in relation to its efficiency in the re-socialization process. If the court considers that the time for the coercion was not sufficient for re-socialization, or the convict did not behave well or did not meet the legal conditions, it may not grant the benefit of parole after a period of postponement or more, until the deadline exhaustion of the custodial sentence.

When the court ordered the conditional release of the convict, the decision is sent to the probation service in copy, stating that the supervision measures are executed in full if the remaining sentence remains unexecuted is 2 years or more.

During the supervisory period established for the conditional release, the probation counselor, who is also the case manager has the obligation to control, supervise and guide the convict in such a way that social reintegration takes place according to legal provisions.

If the parolee does not comply with the supervision measures and does not execute the obligations imposed by the court, the probation counselor will verify the convict's personal reasons for doing this, after which he will draw up a report addressed to the delegated judge. The court that decided to let the convict free, at the notification of the prosecutor or the probation counselor, will rule on the revocation of the conditional release and will communicate to the penitentiary and the probation service, when applicable, a copy of the device ordering the revocation of the conditional

release. As a result, the convict will be re-incarcerated and will resume the execution of the custodial sentence in exactly the same type of penitentiary.

Conditional release will be canceled if the offender hides the fact that he has committed another crime until the moment he got the conditional release. Any court or the court that judged the offense in the first instance may also notify ex officio the annulment of the conditional release, following to communicate to the penitentiary and to the probation service, when applicable, a copy its sentence.

Bibliography

Treaties, courses, monographs

1. P. Abraham, V. Nicolăescu, S. Iasnic, *Introducere în probațiune. Supraveghere, asistență și consiliere a infractorilor condamnați la sancțiuni neprivative de libertate*, Național Publishing House, Bucharest, 2001
2. G. Antoniu, C. Bulai, *Dicționar de drept penal și procedură penală*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2011
3. L. Barac, *Răspunderea și sancțiunea judiciară*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1997
4. G.S.Barbu, A. Șerban, *Drept executional penal*, All Beck Publishing House, Bucharest 2005
5. A. Balan, E. Stănișor, M.Minca, *Penologie*, Oscar Print Publishing House, Bucharest, 2002
6. C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, Vol. I. Drepturi și libertăți, All Beck Publishing House, Bucharest 2005
7. C. Bocancea, G. Neamțu, *Elemente de asistență socială*, Polirom Publishing House, Iași, 1999
8. Al. Boroii, St. G. Ungureanu, N. Jidovu, I. Măgureanu, *Drept procesual penal*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2001
9. C. Bulai, *Manual de drept penal. Parte generală*, All Publishing House, Bucharest, 1997
10. T. Butoi, I. T. Butoi, *Tratat universitar de psihologie penitenciară*, Phobos Publishing House, Bucharest, 2003
11. T. B. Butoi, *Psihologie judiciară*, Solaris Print Publishing House, Bucharest, 2009
12. I. Chiș, *Umanismul dreptului execuțional penal. Acordarea drepturilor în mediul penitenciar*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2007
13. I. Chiș, *Drept execuțional penal*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2013
14. C. Costandache, N. Florea, R. Groza, P. Mihăila, *Supravegherea și asistența persoanelor condamnate*, Ed. Didactică și Pedagogică Publishing House, Bucharest, 2002
15. V. Dongoroz, *Drept penal. Parte generală*, Bucharest, 1939
16. V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai,
17. V. Rosca, *Explicații teoretice al Codului roman*, vol II, Ed. Academiei Publishing House, Bucharest, 1970
18. I. Durnescu, *Manualul consilierului de reintegrare socială și supraveghere*, Themis Publishing House, Craiova, 2001
19. Gh. Florian, *Dinamica penitenciară*, Oscar Print Publishing House, Bucharest, 1998
20. D. Lupascu, *Punerea în executare a pedepselor principale*, Rosetti Publishing House, Bucharest, 2003
21. C. Mitrache, *Drept penal. Parte generală*, Casa de editură și presă “Șansa” Publishing House, Bucharest, 2000
22. C. Mitrache, Cr. Mitrache, *Drept penal român, Parte generală*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2002

23. I. Neagu, *Tratat de procedură penală*, Global Lex Publishing House, Bucharest, 2002
24. I. Oancea, *Tratat de drept penal. Parte generală*, All Publishing House, Bucharest, 2002
25. I. Oancea, *Drept executiv penal*, All Beck Publishing House, Bucharest, 1998
26. C. Sima, *Drept executiv penal*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2010

Articles, studies, judicial practice

1. D. Andries, D. Metes, *Măsura arestării preventive*, în R.D.P. nr. 2/2001
2. Gh. Florian, *Problema dezvoltării personalității deținuților în mediul penitenciar*, in Buletinul Penitenciar no. 2/1984
3. V.R.Gherghe, *Instituția renunțării la aplicarea pedepsei în noul Cod penal român*, in Dreptul no. 12/2011
4. C.C.Ghigheci, M. Vasilescu, *Rolul și locul judecătorului delegat pentru executarea pedepselor privative de libertate*, in R.D.P. no. 4/2008
5. Gh. Mateut, D. Groza, *Rolul actual și potențial al serviciilor de reintegrare socială și supraveghere de pe lângă tribunal în faza de urmărire penală, în lumina dreptului intern și al dreptului comparat*, in Dreptul no. 11/2004

Examination of State Parties Reports by the United Nations Committee Against Torture

*Öğütçü Osman, Assistant
Necmettin Erbakan University Faculty of Law*

Introduction

Basic norms within the framework of the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment are discussed in the first part of the convention. In this context, the “Committee for the Prevention of Torture” was established as the control mechanism for these norms. The Committee Against Torture consists of articles in the second part of the Convention, which include the number of Committee members, the method of their election, their term of office, and their duties and functions. It is envisaged that the members¹ of the committee will be elected by the states party to the convention, with a total of 10 people². Members must consist of “*persons known for their high morals and powers*” as mentioned in the text of the article. On the other hand, the 4-year period is extremely long in terms of detecting a crime such as torture and taking adequate measures against torture. Rather than making such vague statements about the election of members, it would be correct to set concrete criteria. Because what is meant by these expressions is extremely open to subjective interpretation.

The continuation provisions of the relevant parts of the Convention, on the other hand, are the main functions of the Committee, Examination of State Reports (Art.19), Fact-Finding through confidential inquiry procedure (Art.20), Inter-State Complaints(Art.21), Individual Complaints (Art.22)³. The stance of the committee is clarified in three different ways in terms of the issues mentioned.⁴. These elements were determined as Examination of Reports, Investigation Procedure

¹ The members of the committee are as follows: Essadia Belmir, Claude Heller, Erdoğan İscan, Peter Vedel Kessing, Ilvia Puce, Ana Racu, Diego Rodriguez, Sebastian Touze, Bahtiyar Tuzmukhamedov, Liu Huawen, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/Membership.aspx> (31.08.2021)

² Demirdal, Balkan, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, ed. İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, 2013, s.210

³ Camille Giffard, The Torture Reporting Handbook: How To Document And Respond To Allegations Of Torture Within The International System For The Protection Of Human Rights, University of Essex, Human Rights Centre, 2000, p. 234

⁴ Er, Cüneyd, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, TBB Dergisi, s.60,2005,s.178

and Interstate Communication¹. In this context, only the "Examination of report of States parties by the Committee" procedure will be discussed as the subject of this study.

I. Examination of report of States parties by the Committee

It shall submit a report every four years to the aforementioned committee on whether the States Parties to the Convention have fulfilled their respective obligations by following per under Article 19 Paragraph 1 of the Convention². On the other hand, states parties can also fulfill the committee's report requests. In this context, according to the contract, the first reports will be submitted one year after entry into force, while subsequent reports will be prepared every four years. If states do not fulfill their obligations in this regard, the Committee must notify the UNSC.³ In fact the states need to take a clear stance against torture that the reporting activities are carried out with an interval of four years. However, four years is a long time for a report activity. For states to be under stricter control in this regard, the reporting period should be shorter than four years, since torture is *Jus Cogens* in terms of international law.

The committee has become almost dysfunctional, especially due to the enormous increase in the number of reports it has received in recent years. For this reason, simplified reporting activities have been initiated by the United Nations. This situation is expressed in the text as "*Encourages States parties to consider the possibility of using the simplified reporting procedure, when offered, to facilitate the preparation of their reports and the interactive dialogue on the implementation of their treaty obligations;*"⁴.

The examination of the reports is explained as follows: "*In making the selection, the Committee usually follows the chronological order of submission, but gives priority to initial reports and long overdue reports over periodic ones. CAT will also give priority to reports submitted under the new optional reporting procedure (see section V below) as no list of issues will be prepared before these reports are examined. At the same time the Committee appoints two of its members to act as country rapporteurs for each report. One member can act as a rapporteur for more than one report during the same session.*"⁵

If no material shortcomings were identified during the final review of a country report, the committee may now proceed with the simplified procedure in which it draws up a list of issues before reporting to the Contracting Parties.

Non-Governmental Organizations (NGOs) and national human rights organizations can actively participate in the government reporting process and submit parallel reports to government reports to demonstrate that practices are being implemented. During this process, gaps or errors in the government report can be clarified and gaps pointed out⁶.

The Committee Against Torture meets in Geneva three times a year in April-May, July-August, and November-December for a three to four-week session and reviews 8 or 9 reports per session. During these sessions, the Committee meets with NGOs, NHRI and National Preventive Mechanisms (NPMs) before meeting with the State Party delegation to review the report⁷. This approach of the committee is extremely important in terms of strengthening non-governmental organizations against torture⁸. The fact that the Committee acts together with non-governmental

¹ Ibid, pp. 178-180

² Ibid, pp. 178

³ United Nations Documents, Committee Against Torture, <https://undocs.org/en/A/RES/67/232>, (31.08.2021)

⁴ United Nations Documents, Resolution adopted by the General Assembly on 9 April 2014 [without reference to a Main Committee (A/68/L.37)] 68/268. Strengthening and enhancing the effective functioning of the human rights treaty body system, <https://undocs.org/A/RES/68/268>, (31.08.2021)

⁵ OHCHR, Committee Against Torture, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/WorkingMethods.aspx>, (31.08.2021)

⁶ OHCHR, Information for Civil Society Organisations and National Human Rights Institutions (NHRIs), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/NGOsNHRIs.aspx>, (31.08.2021)

⁷ OHCHR, <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cat/pages/ngosnhris.aspx>, (31.08.2021)

⁸ OHCHR, Information for Civil Society Organisations and National Human Rights Institutions (NHRIs), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/NGOsNHRIs.aspx>, (31.08.2021)

organizations before the states enable it to hold it as a trump card against the misleading statements of the states. After examining a State party report, the Committee, in dialogue with the State party delegation, accepts concluding observations. Some of these include the Committee's recommendations. On the other hand, the last observations made also include the Committee's views on the states' situation compared to the previous report. It is forwarded to the State Party for implementation, made public on the last day of the session, and posted on the website¹.

It is necessary to give examples from a few recent studies carried out by the Committee in this context in the last period. First of all, Albania's shortcomings were emphasized in the Albanian report dated 19 July 2021. The Committee has been criticized that Albania still does not have adequate legislation against torture. On the other hand, health and prison conditions in the new conditions that emerged due to the COVID-19 process were also discussed in detail².

When the most recent evaluation of the Committee is examined, it is seen that the Committee does not only evaluate the issues related to torture but also keeps the States Parties under control in terms of human rights. The Committee expressed concern that the 2018 trial of the National Security Service officers tasked with torturing Ilhom and Rahim Ibodov, under Article 235 of the Penal Code of Uzbekistan, was closed to the public. On the other hand, it was emphasized that although the number of applications made increased 10 times, the number of investigations opened did not show the correct proportion.³

On the other hand, the Committee has audited and criticized Uzbekistan on issues such as the independence of the judiciary, the independence of lawyers, conditions of detention, and enforced disappearance.

Conclusion

The Committee Against Torture undertakes an extremely important mission to prevent torture, which is the Jus Cogens norm. On the other hand, the criticisms regarding the mission undertaken by the relevant Committee in the recent period are somewhat unfair. Because, as stated above, the Committee has a heavy workload. Efforts to reduce the workload of the Committee regarding the auditing of reports are necessary but insufficient. However, the real problem is not the auditing of the reports or the working procedure of the Committee. The Committee is a United Nations body and the United Nations is incompetent.

Bibliography

1. Er, Cüneyd, *İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*, TBB Dergisi, s.60,2005,pp.169-182,
2. Demirdal, Balkan, *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*, ed. İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, 2013
3. Giffard, C., *The Torture Reporting Handbook: How To Document And Respond To Allegations Of Torture Within The International System For The Protection Of Human Rights*, University of Essex, Human Rights Centre, 2000.
4. OHCHR, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/Membership.aspx>, (31.08.2021)
5. OHCHR, *Committee Against Torture*, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/WorkingMethods.aspx>, (31.08.2021)

¹ OHCHR, Information for Civil Society Organisations and National Human Rights Institutions (NHRIs), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/NGOsNHRIs.aspx>, (31.08.2021)

²For the related report text OHCHR, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=45&DocTypeID=29&DocTypeCategoryID=1, (31.08.2021)

³For the related report text, see, OHCHR, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/UZB/CAT_C_UZB_CO_5_39781_E.pdf, (31.08.2021)

6. OHCHR, Information for Civil Society Organisations and National Human Rights Institutions (NHRIs), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/NGOsNHRIs.aspx>, (31.08.2021)
7. OHCHR, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/UZB/CAT_C_UZB_CO_5_39781_E.pdf, (31.08.2021)
8. OHCHR, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=45&DocTypeID=29&DocTypeCategoryID=1, (31.08.2021)
9. United Nations Documents, Committee Against Torture, <https://undocs.org/en/A/RES/67/232>, (31.08.2021)
10. United Nations Documents, Resolution adopted by the General Assembly on 9 April 2014 [without reference to a Main Committee (A/68/L.37)] 68/268. Strengthening and enhancing the effective functioning of the human rights treaty body system, <https://undocs.org/A/RES/68/268>, (31.08.2021)

Інститут присяжних у цивільному судочинстві України

*Андрієвська Л.О., ст. викладачка, адвокатка
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ*

Україна продовжує свій шлях до Європи, а, отже, триває процес проведення ряду демократичних реформ, серед яких значна увага приділена судово-правовій реформі, яка своєю головною цілю має забезпечення прав та свобод людини і громадянина.

Відповідно до положень Розділу II Концепції судово-правової реформи в Україні, головною метою реформи є:

- формування самостійних і незалежних судових органів, позбавлених від впливу законодавчої і виконавчої влади;
- реалізація демократичних ідей правосуддя, вироблених світовою практикою і наукою;
- максимальне наближення суду до населення;
- гарантування права громадянина на розгляд його справи компетентним, незалежним і неупередженим судом у змагальному процесі [2].

Одним із важливих засобів реалізації поставлених в Концепції завдань виступає залучення пересічних громадян до розгляду разом з професійними суддями окремих категорій судових справ. Конституція України у ч.4 ст. 124 наголошує та передбачає таку можливість: «Народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних» [1].

За останні роки все частіше науковці звертають свою увагу до питання участі присяжних у цивільному процесі. Однак, на тлі сучасних активних реформаційних процесів судової системи постала проблема про реформування теперішньої моделі суду для ефективного використання у ній нової судової ланки – суду присяжних.

У світовій юридичній практиці існує дві основні моделі суду присяжних: класична та континентальна (європейська). Різниця в цих моделях полягає в обов'язку участі присяжних під час розгляду справи.

Класична модель суду присяжних характеризується тим, що присяжні виносять вердикт відповідно до винуватості або невинуватості особи в учиненні злочину без участі професійних суддів, як правило такий вид прийнято захищувати до «суддів факту».

За континентальної (європейської) моделі колегія з числа професійних суддів і представників народу всі питання, які розглядаються у справі та постановлення вироку вирішують спільно. За такої моделі присяжні отримали назву – шефени (характерно для ряду німецьких регіонів) або асизи (характерно для Франції).

Хоча Україна й обрала шлях європейської моделі суду присяжних, але модифікувало його варіант під сучасних лад законодавства України. Однак, залишається актуальною проблема недостатнього наукового дослідження низки ключових факторів, яка в першу

чергу викликана необхідністю привести у відповідність один до одного нормативно-правові акти, визначивши та закріпивши на законодавчому рівні єдину модель суду присяжних в Україні.

На даний час залишається дискусійним питання щодо підстав участі присяжних у цивільному судочинстві. Відповідно до ч. 4 ст. 293 Цивільно-процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) проводиться судом у складі одного судді і двох присяжних розгляд таких справ як:

- обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи;
- визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою;
- усиновлення;
- надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку;
- примусова госпіталізація до протитуберкульозного закладу.

Присутність одного судді і двох присяжних у вищевказаних справах обумовлюється насамперед соціальною важливістю останніх [3].

Під час розгляду справ окремого провадження функція присяжних обмежується їх фактичним залученням для здійснення правосуддя, що в будь-якому разі не розкриває тих аспектів, які були закладені при створенні інституту присяжних як інструменту підвищення довіри громадян до судової влади. Насамперед, думка присяжних у справах повинна бути пристосована для більш ефективного та чіткого з'ясування обставин справи, а присяжним повинна бути людина, яка не обтяжена суддівськими парадигмами та юридичною компетенцією. Сучасна ситуація склалась такою, що суд присяжних у цивільному судочинстві, як правило, обмежується фізичною присутністю при розгляді справ та повною підтримкою будь-якого рішення судді.

Серед науковців неодноразово розглядалися можливі шляхи вирішення питань справ, в яких участь присяжних була б доцільною.

Так, О.В. Колісник вказує, що до переліку справ за ч.4 ст. 293 ЦПК України потрібно також включити такі справи, як справи про позбавлення та поновлення батьківських прав, про відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав, про визначення чи зміну місця проживання малолітньої дитини, спори щодо участі у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від неї.

Наприклад, у випадку позбавлення батьківських прав дана справа має велике значення як для дитини, так і для кожного з батьків. А отже, присутність у даній справі присяжних зняло б зайву напруженість та відіграло б роль більш ефективного механізму прийняття необхідного рішення. Оскільки, у більшості ситуацій судді мають усталений стереотип при вирішенні такого роду справ [4, с. 139].

Загалом функціонування суду присяжних потребує чималого фінансування. А отже, участь присяжних при розгляді справ має бути виправданим з точки зору доцільності та їх реальної (активної) участі у цивільному процесі і впливі на прийняття судового рішення. Таку думку також підтримує С.Я. Фурса і пропонує у справах, у яких вартість позову сягає більше 1 000 000 гривень, сплачувати судовий збір, включаючи до нього участь у справі суду присяжних. Таким чином, можливе вирішення одразу двох векторів проблем: залучення присяжних до участі у справах позовного провадження та вирішення фінансових витрат, що покладаються на присяжних, за рахунок судового збору [5, с.296].

Також потребує додаткової оптимізації та дослідження процесу розгляду деяких справ окремого провадження, які повинні провадитися без участі у них присяжних. До таких можна віднести справи, щодо надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку, примусову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу, – оскільки у таких справах особи, щодо яких приймається рішення, можуть становити небезпеку для оточуючих, а також виникає ризик навмисного затягування розгляду справи через неможливість віднайти необхідних присяжних; справи про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи,

визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою – у таких справах лише суддя може дати належну оцінку представленим доказам (наприклад, довідка про стан здоров'я особи, виданий спеціалізованим медичним закладом), оскільки присяжні не мають потрібних наукових знань.

Отже, проблема визначення категорії справ, у яких присяжні можуть приймати участь залишається доволі актуальною, як і взагалі питання суду присяжних для України. Оскільки, на даному етапі реформування країни недостатня увага приділена саме науковому дослідженню та законодавчому вирішенні цього питання. Також є за необхідним розглянути та долучити до участі у позовних провадженнях інститут присяжних, бо саме ця категорія справ порушує фундаментальні інтереси та права людини і де думка громадськості, напевно, може зіграти не останню роль у вирішенні справи. Суд присяжних може виступати надійним захистом громадян від корупційних, владних впливів під час прийняття судового рішення.

Література

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 01.09.2022)
2. Про Концепцію судово-правової реформи в Україні: Постанова Верховної Ради України від 28.04.1992 №2296-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 30. Ст.426. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2296-12> (дата звернення: 01.09.2021)
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.04.2004 № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 01.09.2021)
4. Колісник О.В. Непрофесійний елемент складу суду у цивільному судочинстві у контексті європейського досвіду. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2008. Випуск 15. С. 136-144
5. Фурса С.Я., Щербак С.В., Євтушенко О.І. Цивільний процес: проблеми та перспективи. Київ: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2006. 448 с.

Problematic issues of legislative consolidation of support and development of self-employment

*Bagirova G.I., graduate student
National Aviation University*

The current labor legislation of Ukraine does not contain a single one the definition of "self-employed person" and the doctrine is not clear understanding of the term in relation to the category entrepreneurship, which is a significant shortcoming in legal regulation. Analysis current regulations indicate that only the Tax Code Ukraine establishes a similar term [1]. The definition enshrines that self-employed persons are exclusively private entrepreneurs and persons who carry out independent professional activity. However, there is such an approach justified only for the needs of tax law and legislation and not meets the requirements of labor law. In addition, in paragraph 14.1 of Art. 14 Tax of the Code of Ukraine stipulates that the definition is defined only for purposes of the tax law of Ukraine [1].

There is an extraordinary relevance of the subject issues, especially given the growing number of self-employed people, increasing their share in the total employment of the state, importance for the development of socio-economic well-being of the country, the impact on market relations, competition and other aspects of society.

With the development of democratic transformations in Ukraine, the change of social economic system, the flowering of a market economy and entrepreneurship and other factors are the level of self-employment in the total share of employment the population increased sharply. However, this state of affairs did not get out by the state a decent response by settling existing public relations through legal regulations.

As of today, in countries with developed industry, there is a marked shift from formal to informal employment. In this context, the impact of self-employment on the development of the state should be one of the topical issues in the debate on employment policy. Due to the development of the platform economy, self-employment is developing as the main or additional source of income. The development of Ukraine as a socially oriented state governed by the rule of law is determined by the level of development of all state spheres, including self-employment of the population of state institutions, including the institution of personal income taxation.

A self-employed person is a paid tribute, which is a physical person – an entrepreneur, or to provide an independent professional activity for the mind, but such a person is not a practitioner at the boundaries of such an entrepreneurial life of a professional.

Of those, which are introduced by the dignified legislation to the stake self-employed, can be used for two groups. The first includes individuals who are guilty of being self-deserving, the other group is individuals who are independent of the profession, and are not restructuring by self-deserving individuals.

A self-mined person, is a party to a civil-legal contract, not to be involved in such a way that comes under the rules of labor legislation. If only in some cases self-mined persons are self-mined, they can be attributed to the hired individual with all kinds of income received by her as wages. [1].

To reduce the normative and legal basis for the development of self-clearing of the population in Ukraine, it's just a matter of time for organizing a small enterprise.

One of the main reasons for the lack of problems in the legal regulation of self-clearing particulars is the old-fashioned legislative norms for occupation of the population and labor activity, there is a great number of spheres of activity for self-clearing.

The normative and legal protection of self-confinement of the population requires significant forces from the side of the state, and the very adoption of the necessary laws and regulations. The current state occupation policy is an overly passive character [2, p. 443].

The problem in the legal regulation of self-employed persons is the issue acquisition of such status. In the special legal literature repeatedly attention was paid to the need to solve this problem, but also to today it exists [3, p. 190].

This state of affairs causes significant difficulties in law enforcement, as well as in the practical activities of those involved independent activity. Lack of self-employed status, order its acquisition, loss, etc. leads to what a person has or acquires legal status of a natural person-entrepreneur, or to be independent professional activity.

However, as we noted above, entrepreneurship has a completely different legal nature from self-employment, ie it differs in its objectives, goals, essence and character, etc. If we talk about the independent cause professional activity, it is worth emphasizing that the person is entitled to carry out such activity only in case of its state registration in the order established by the current legislation of Ukraine [3, p. 190].

As we mentioned above, the status of the person involved independent professional activity, is relevant only to regulation of tax relations in Ukraine. As for labor law, then it is necessary to specify the following.

If the activities of persons engaged individual employment, is more or less clear about acquisition of the appropriate status (notary, doctor, appraiser, auditor, lawyer etc.), the situation is much more complicated with independent workers (freelancers).

In our opinion, such persons should report order to inform the competent state authorities about their employment activities, be on the appropriate register in order to identify the valid and objective situation with employment in Ukraine, opportunities to receive information about potential employers, pay taxes and fees, etc.

They may lose their self-employed status on a voluntary or compulsorily in cases established by law. So, for the decision of the specified problem is required at acceptance of new Labor Code of Ukraine to provide for the relevant rules of law, taking into account ours proposals.

The specifics of tax and legal regulation, which is the inequality of the parties to the tax relationship and the prevalence of responsibilities payers over their rights, which is revealed in the

analysis of Articles 16 and 20 Of the Tax Code of Ukraine (the list of taxpayers' rights is much shorter than list of rights of controlling bodies). This feature is due using the imperative method of regulation. From these positions, right taxpayers is a measure of permissible behavior [1].

It is established that a special tax regime for the self-employed persons determines not only the specificity of the consolidation of their rights and responsibilities and forms their implementation, but also to determine the grounds for calculating the amount of tax payment.

To the main elements of the tax mechanism along with the payer include object of taxation, based on the definition of which, you can find out the base taxation, and already on this basis to determine the amount of tax payment.

Taxable income of persons in the conduct of a certain type of independent professional activity is the total net income that is determined as the difference between income and documented expenses, necessary for carrying out a certain type of such activity. Taxation other categories of individuals do not include costs.

It is proved that among self – employed persons the category of notaries and lawyers are the most prominent participants in public relations. They involved in almost all legal relations faced by the person.

A person's legal status is based on natural human rights, while the legal status of collective entities isn't similar and determined by the personality of this status: legal entities (governmental and non-governmental bodies, enterprises, organizations, institutions), state and it's structure units, people, social communities etc.

Thus pointed out that range of rights from one party has an influence on other party. For example, a value-added tax is different for operations between usual tax payers and between those who have special tax regime with a flat tax. The status of fiscal resident in taxation or opportunity to determine status of tax agent, etc. has a great influence.

The special status of physical persons, who provides independent professional activity, is considering particular procedures for accounting revenues and expenses of this activity.

The obligation of accounting of private notaries is the same as reporting obligations, because summary accounting imply the creation and introducing a tax declaration. They provide the declaration accordingly results for reporting year in terms for income tax payers (to 1st May in the first year following the reporting year).

It is emphasized that fundamental principles of private notaries' influence on the process of accountability in case of not proper realization tax obligations. The verification of certificate about estimated value of that property and document about tax payment to the budget by party (parties) of a contract is holding between physical persons during registration the sale agreement of movable and immovable properties by notary.

However, person who is responsible for assessment, obtaining and payment (recalculation) of this tax is a tax payer – physical person, but not notary.

Accordingly tax payer is responsible for avoiding from paying taxes. The notary doesn't have the obligation to audit the accuracy of the value of property.

They cannot but be participants in tax relations. Such is the significance of these subjects caused a special regime of their accounting and registration.

In order to legislate the support and development of self-employment, scientists have developed a list of necessary procedures, namely:

- to develop and adopt a law "On individual labor activity", which would regulate the activities of public authorities and local governments in relation to the development of self-employment;
- to protect the rights of self-employed persons, it is necessary to promote the creation of an appropriate "trade union" at the state level, in order to protect their interests, as well as to promote their social development in accordance with accepted national standards;
- consider the issue of state social insurance of the self-employed population;
- Special attention and legislative regulation today requires employment in a personal subsidiary family farm, employment in the care of the disabled and the elderly [3].

To improve the legal framework for the development of self-employment it is necessary:

- introduction of self-employment in the legal circle of the state: development of the legal concept of self-employment, clear definition of categories of people belonging to this segment of the labor market;
- legislative regulation of issues of self-employment, registration, accounting, social insurance, pensions, simplified taxation and other protection;
- supplementing labor legislation with regulations in accordance with the conditions of a market economy and stimulating economic activity of the population;
- development of legal terms for homework and individual, family contracts, in accordance with ILO recommendations [4].

Thus, the main shortcomings in the legal regulation of self-employed persons are the obsolescence of legislation on employment and employment. Self-employment is a constant dynamic process that depends on the economic situation in the country, and therefore this concept needs constant reform in approaches to understanding its essence.

References

1. Podatkovyy kodeks Ukrayiny: Zakon vid 02.12.2010 № 2755-VI. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17, № 229.
2. Sirokha D.I. A physical person is a trainee as a participant in labor law, yogo witness and characteristic figure. *Actual problems of law: theory and practice. Zbir. sciences. good.* – Luhansk: *Skhidnoukrainsky National University named after Volodymyr Dahl*. 2010. No. 16. P. 435–441.
3. Zhoravovych D.O. Pravovi aspekty vyznachennya statusu samozaynyatoyi osoby. *Forum prava*. 2012. № 3. S. 190-195.
4. Middle class in Ukraine: declaration and reality: social. Doslidzhennya to the Razumkov Center. K.: Zapovit, 2016 [Electronic resource].
5. Grabovetska O. Normative-legal protection of self-clearing of the population: realities and problems. *Regional aspects of development of productive forces of Ukraine*. 2015. VIP. 20. S. 126-132. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/rarpsu_2015_20_25 – P. 129.

Щодо плати за проїзд платними автомобільними дорогами

*Болобан Д.А., аспірант
Запорізький національний університет*

Важливою передумовою економічного добробуту будь-якої держави є наявність якісної транспортної інфраструктури, одним з ключових елементів якої є автомобільні дороги. Саме існування в країні розвиненої мережі автомобільних доріг забезпечує швидке, комфортне та безпечне пересування пасажирів та вантажів, що є запорукою підвищення темпів руху капіталів, мобільності та зайнятості населення, які є важливими показниками ефективності роботи національної економіки.

Крім того, Україна має значний транзитний потенціал, обумовлений сприятливим географічним та геополітичним положенням, а також наявністю на її території найдовших в Європі транспортних коридорів та важливих вузлів світової торгівлі, що в поєднанні з описаними вище фактами, робить питання розвитку мережі автомобільних доріг України одним із першочергових у діяльності нинішньої влади.

На жаль, сьогодні більша частина українських автомобільних доріг перебуває у незадовільному стані та потребує проведення масштабної реконструкції, яка зважаючи на її значну вартість, відсутність можливості забезпечити належне державне фінансування, а також наявність інших не менш важливих соціальних проблем, які потребують фінансування у значних обсягах, на даний момент є майже неможливою. З огляду на що, особливої актуальності набувають питання пошуку нових напрямків вирішення описаних вище

проблем, найперспективнішим з яких, є впровадження та використання платних автомобільних доріг в Україні.

Також, актуальність проведення наукових досліджень проблемних питань впровадження та використання платних автомобільних доріг в Україні підтверджується численними заявами представників органів державної влади, про плани будівництва в найближчі роки перших в Україні платних автомобільних доріг, а також прийняттям низки нормативно-правових актів з даних питань, які все одно, повною мірою не унормовують відносини у даній сфері.

Яскравим прикладом, таких повною мірою не унормованих законодавством про платні автомобільні питань є регулювання плати за проїзд платними автомобільними дорогами.

Так, відповідно до статті 29 Закону України «Про автомобільні дороги» від 08.09.2005 р. №2862-IV, плата за проїзд платними автомобільними дорогами загального користування справляється з усіх транспортних засобів, що проїжджають такими дорогами. Плата за проїзд такими дорогами не справляється лише у період надзвичайних ситуацій та стихійного лиха, катастроф, епідемій і епізоотій тощо. Рішення про припинення та відновлення справляння плати за проїзд приймається Кабінетом Міністрів України. [1].

Максимальний розмір плати за проїзд такою дорогою визначений Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження максимального розміру плати за разовий проїзд автомобільною дорогою загального користування, побудованою на умовах концесії» від 23.12.2020 р. № 1312, відповідно до якої транспортні засоби поділено на 4 види, для кожного з яких встановлено свій розмір ставки плати за кожен кілометр відстані, яка визначена у валюті євро[2].

ДСТУ Б В.2.3-17:2007 «Споруди транспорту. Автомобільні дороги платні. Вимоги до проектування» затвердженого наказом Мінрегіонбуду України від 1 серпня 2007 р. № 131 передбачено три групи систем збору оплати за проїзд:

призначені для збору оплати, і діляться на три групи:

– системи закритого типу, у яких на всіх в'їздах і виїздах влаштовуються пункти збору оплати з проїзд, де при в'їзді транспортні засоби реєструються і водій отримує талон із зазначенням пункту в'їзду), а при виїзді водій здає талон та, як правило, здійснює оплату за проїзд;

– системи відкритого типу, на яких оплата за проїзд здійснюється при проїзді через єдиний пункт оплати, який влаштовується на в'їзді-виїзді з такої дороги або безпосередньо на ній, при цьому транспортні засоби зупиняються чи сповільнюють рух тільки один раз безпосередньо при внесенні оплати за проїзд.

– системи змішаного типу, при яких для збору оплати за проїзд на одних ділянках такої дороги може застосовуватись система відкритого типу, а на інших – закритого.

Крім того, ДСТУ Б В.2.3-17:2007 «Споруди транспорту. Автомобільні дороги платні. Вимоги до проектування» затвердженого наказом Мінрегіонбуду України від 1 серпня 2007 р. № 131 визначено наступні технології збору плати за проїзд:

– ручний збір, при якому збір плати за проїзд здійснюється із зупинкою транспортних засобів, під час якої касир-контролер одержує готівку, видає водію чек і відкриває шлагбаум для проїзду;

– автоматизований збір, при якому збір плати за проїзд здійснюється також із зупинкою транспортних засобів, проте оплата здійснюється монетами, жетонами, магнітними, безконтактними і смарт-картами у спеціальних терміналах;

– збір з використанням електронних засобів, при якому збір плати за проїзд виконується без зупинки транспортних засобів, за допомогою електронних засобів, які посилають радіосигнал, приймають і обробляють його системою керування збору оплати [3].

Однак, Законом України «Про автомобільні дороги» від 08.09.2005 р. №2862-IV визначено, що порядок справляння плати за проїзд платними автомобільними дорогами загального користування встановлюються Кабінетом Міністрів України, проте на даний час

відповідна Постанова КМУ так і не прийнята, у зв'язку з чим в Україні фактично відсутнє регламентування порядку справляння плати за проїзд платними автомобільними дорогами.

Відповідно до статті 5 Закону України «Про джерела фінансування дорожнього господарства України» від 18.09.1991 р. №1562-ХІІ зібрана плата за проїзд платними автомобільними дорогами загального користування спрямовується до державного дорожнього фонду Державного бюджету України та має виключно цільовий характер і використовується в першу чергу на погашення залучених кредитних ресурсів та витрати, пов'язані з ремонтом та утриманням платної дороги, а також на фінансування будівництва, реконструкції, ремонту та утримання інших автомобільних доріг загального користування [4].

Дещо по іншому законодавством унормовано питання справляння плати за проїзд автомобільною дорогою загального користування, побудованою на умовах концесії.

Так, статтею 42 Закону України «Про концесію» від 03.10.2019 №155-ІХ встановлено, що розмір плати за разовий проїзд автомобільною дорогою загального користування, побудованою на умовах концесії, визначається концесіонером відповідно до концесійного договору та з урахуванням тарифної сітки плати за разовий проїзд автомобільною дорогою за кожний кілометр та не може бути більшим максимального розміру плати, визначених у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження максимального розміру плати за разовий проїзд автомобільною дорогою загального користування, побудованою на умовах концесії» від 23.12.2020 р. № 1312 з урахуванням виду транспортного засобу та рівня інфляції.

Крім того, у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку безоплатного проїзду автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії, та розмір відшкодування концесіонеру» від 05.01.2021 р. № 11 визначено, що безоплатний проїзд автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії, може здійснюватися наступними транспортними засобами:

1) транспортними засобами, що належать фізичним особам, фізичним особам – підприємцям, юридичним особам незалежно від форми власності та використовуються ними під час виникнення стихійного лиха, катастрофи, епідемії, епізоотії протягом періоду їх дії на підставі звернення таких осіб до концесіонера;

2) транспортними засобами, які використовуються органами державної влади, підрозділами Міноборони, Держприкордонслужби, Національної гвардії, Національної поліції, ДСНС та швидкої медичної допомоги, на умовах, визначених концесіонером відповідно до концесійного договору.

Крім того, концесійним договором може бути визначено додаткові категорії транспортних засобів та встановлювати умови їх безоплатного проїзду автомобільними дорогами побудованими на умовах концесії, проте у такому випадку концесіонер не має права на додаткове відшкодування витрат понесених у зв'язку з цим [5].

Отже, здійснивши аналіз законодавства, яке регулює питання оплати проїзду платними автомобільними дорогами, можна дійти висновку, що воно має суттєві недоліки, пов'язані з неузгодженістю норм різних нормативно-правових актів, які присвячені регулюванню даної сфери, а також відсутністю регламентації деяких важливих питань, у зв'язку з чим, для усунення зазначених прогалин, необхідно сприяти активізації діяльності по створенню ґрунтового наукового базису нормотворчої діяльності у даній сфері, на основі результатів якого можна буде провести впорядкування законодавства про платні автомобільні дороги.

Крім того, з метою усунення зазначених недоліків є доцільним здійснити розробку та прийняти базовий Закон України «Про платні автомобільні дороги», який би визначав правові, економічні, організаційні та соціальні засади забезпечення функціонування платних автомобільних доріг в Україні, порядок їх створення та подальшого утримання з визначенням чіткої юрисдикції конкретних органів публічної влади, відповідальних за їх функціонуванням, а також детально регламентував різні процедурні аспекти даної сфери, зокрема і процедуру справляння плати за проїзд платними автомобільними дорогами.

Література

1. Про автомобільні дороги: Закон України від 08.09.2005 р. № 2862-IV. *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 51. Ст. 556.
2. Про затвердження максимального розміру плати за разовий проїзд автомобільною дорогою загального користування, побудованою на умовах концесії: Постанова Кабінету Міністрів України від 23.12.2020 р. № 1312. *Кабінет Міністрів України. Офіційний вісник України*. 2021. № 3. Ст. 157.
3. ДСТУ Б В.2.3-17:2007 Споруди транспорту. Автомобільні дороги платні. Вимоги до проектування [Чинний від 2008-01-01] Вид. офіц. Київ, Міністерство регіонального розвитку та будівництва України, 2007. 13 с. URL: <http://profidom.com.ua/v-2/v-2-3/1599-dstu-b-v-2-3-172007-avtomobilni-dorogi-platni-vimogi-do-projektuvanna> (дата звернення: 19.08.2021).
4. Про джерела фінансування дорожнього господарства України: Закон України від 18.09.1991 р. № 1562-ХІІ. *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 47. Ст. 648.
5. Про концесію: Закон України від 03.10.2019 р. № 155-ІХ. *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 48. Ст. 325.
6. Про затвердження Порядку безоплатного проїзду автомобільними дорогами, побудованими на умовах концесії, та розмір відшкодування концесіонеру: Постанова Кабінету Міністрів України від 05.01.2021 р. № 11. *Кабінет Міністрів України. Офіційний вісник України*. 2021. № 5. Ст. 274.

Поняття та сутність апеляції в сучасному адміністративному процесі

*Гавалешко П.С., суддя
Троїцький районний суд Луганської області*

Україна як демократична правова держава, згідно з Конституцією України (ст.1) [1], гарантує кожному право на судовий захист, яке є одним із основоположних у системі прав людини. Це право підкріплено конституційними гарантіями, завдяки яким воно може бути реалізовано в повному обсязі, тим самим забезпечивши відновлення порушених прав. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина (абзац третій підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007) [2]. На практиці можливі ситуації неправильної оцінки судом фактів чи обставин справи. При цьому внаслідок неправильного застосування закону істина у справі не буде встановлена. Утім, сучасне законодавство передбачає ймовірність уникнення таких ситуацій, а тому на набуття чинності судового рішення відводиться певний термін, який і передбачений для оскарження. З цього приводу Європейський суд з прав людини, практика якого застосовується судами при розгляді справ як джерело права, з приводу забезпечення права на апеляційне оскарження, у справі «Скорик проти України» вказав, що, якщо в національному правовому порядку існує процедура апеляції, держава має гарантувати, що особи, які знаходяться під її юрисдикцією, мають право у апеляційних судах на основні гарантії, передбачені ст. 6 Конвенції [3].

Захист прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин, відповідно до Конституції України, здійснюється адміністративними судами. Юрисдикцію та повноваження адміністративних судів, а також порядок здійснення судочинства в адміністративних судах встановлює Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV, який нині діє в редакції Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», що набрала чинності 15 грудня 2017 року (далі – КАС України) [4]. Згідно з пунктом 6 частини 3 статті 2 КАС України забезпечення права на апеляційний перегляд справи є однією із

основних засад (принципів) адміністративного судочинства. При цьому забезпечення права на апеляційне оскарження включає як забезпечення можливості оскарження судового рішення, так і обов'язок суду прийняти та розглянути подану апеляцію [5].

Принагідно зазначимо, що апеляційна система (назва цієї форми оскарження походить від латинського слова «*appellatio*» – «звернення до будь-кого», в даному випадку до вищої судової інстанції) зародилася ще в далекі часи в Римській імперії, коли можна було послідовно скажитись на рішення нижчих судів аж до імператора [6, с. 156].

Що ж являє собою поняття «апеляція»? У юридичних джерелах це поняття трактують як звернення, подане особою-учасником справи до суду другої інстанції з метою перевірки законності та обґрунтованості судового рішення, винесеного судом першої інстанції [7, с. 46].

В адміністративному процесі апеляція є самостійною стадією, яка являє собою діяльність суду за умов подання апеляційної скарги особами, які беруть участь у справі. Метою подання такої скарги є перевірка законності та обґрунтованості рішень суду першої інстанції. Іншими словами, апеляційне провадження – це порядок, який встановлений адміністративно-процесуальним законодавством для оскарження рішень суду першої інстанції. При цьому, як наголошують вчені, категорія «правова природа апеляційного провадження» – це родове поняття, більш ширше поняття і включає видові категорії «правова природа апеляційного провадження в апеляційних адміністративних судах, у межах територіальної юрисдикції яких знаходяться місцеві адміністративні суди, що ухвалили рішення»; «правова природа апеляційного провадження яке здійснює Верховний Суд, коли переглядає в апеляційному порядку судові рішення апеляційних судів, ухвалені ними як судами першої інстанції»; «правова природа апеляційного провадження яке здійснює Велика Палата Верховного Суду, коли переглядає в апеляційному порядку судові рішення Верховного Суду, ухвалені ним як судом першої інстанції» [8, с. 66]. Кожній із цих видових категорій притаманні як загальні ознаки родової категорії, так особливі ознаки, які обумовлені специфікою адміністративних справ, рішення по яким переглядаються, так і специфікою суду який здійснює цей перегляд (апеляційні суди, Верховний Суд, Велика Палата Верховного Суду). Все це у сукупності впливає на процедуру апеляційного провадження. Тому, розкриття сутності правової природи апеляційного провадження можливо лише через висвітлення правової природи окремих її складових [8, с. 67], про що піде мова в наступних наших публікаціях.

Слід зазначити, що сама сутність апеляційного провадження не має однозначного визначення в науковій літературі. На думку багатьох учених апеляція являє собою основний спосіб перевірки законності та обґрунтованості актів суду першої інстанції, які не вступили в законну силу та полягає в повторному розгляді справи, ґрунтуючись на додатково наведених доказах. Аналіз даного визначення дає підстави не погодитися з таким твердженням, оскільки в ньому простежується домінування суду другої інстанції, з огляду на виділений спосіб перевірки судових актів першої інстанції. Уважаємо, що ініціаторами апеляції, перш за все, виступають сторони процесу та інші особи, які є учасниками процесу, які таким чином реалізують свої права, закріплені в КАС України. А діяльність з апеляційного провадження починається вже після подачі скарги (подання).

Існує й інша точка зору, яка полягає у тому, що апеляцією є звернення, подане до суду другої інстанції від особи, яка є учасником процесу, з метою перевірки законності та обґрунтованості рішення суду першої інстанції, через повторний розгляд справи по суті. Якщо порівнювати попереднє визначення і означене, то з позицією авторів можна частково погодитися. Проте недоліком такого визначення є вузьке розуміння цього поняття, оскільки в даному випадку відображена тільки матеріальна сторона апеляції, а не процесуальна. Також існує точка зору, що апеляційна скарга виступає засобом порушення апеляційного процесу.

Зважаючи на наведені вище наукові визначення, можна зробити висновок, що апеляція може мати і матеріальний, і процесуальний аспекти. Матеріальний аспект

виражається в поданій скарзі до вищого суду з проханням заявника скасувати або змінити рішення нижчого суду, яке, згідно з його думкою, є помилковим і необґрунтованим. Процесуальний аспект зумовлений самою підставою для порушення апеляційного провадження.

В юридичній науці традиційно виділяють два види апеляції – повна і неповна. Кожний вид апеляції має свої характерні ознаки і відмінності [9, с. 7]. При такому розподілі береться до уваги межа повторного розгляду справи. Повна апеляція являє собою новий розгляд справи по суті. При цьому суд апеляційної інстанції не обмежується лише тим, що проводить перевірку правильності винесеного рішення судом першої інстанції, а починає новий розгляд справи на аналогічних засадах з судом першої інстанції. Розглядаючи повну апеляцію, варто звернути увагу, що тут, згідно із загальним правилом, справа не повертається на новий розгляд суду першої інстанції.

Якщо мова йде про неповну апеляцію, то в цьому випадку проходить лише перевірка судових актів, ґрунтуючись на тих доказах і фактах, які були досліджені в першій інстанції. Неповна апеляція має певну перевагу, яка полягає в більш прискореному розгляді справи, з огляду на те, що подання нових доказів до суду обмежено. Даний чинник сприяє скороченню витрат на судові провадження. Якщо за скаргою проводиться неповний апеляційний процес, то це означає, що судом здійснюється саме перевірка винесеного раніше рішення нижчестоячого суду, і лише при наявності певних умов справа підлягає перегляду. З огляду на це, суть повної апеляції полягає у тому, що справа знову розглядається по суті, крім перевірки обґрунтованості рішення нижчестоячого суду.

Ведучи мову про сучасний процес апеляційного оскарження, зазначимо, що на початковому етапі відбувається розгляд справи судом апеляційної інстанції, згідно з правилами, за якими ведеться провадження в суді першої інстанції, однак при цьому в обов'язковому порядку враховуються особливості, властиві судам апеляційної інстанції. Тобто, відбувається застосування неповної апеляції. Однак при наявності істотних порушень, виявлених в процесі розгляду справи, які ведуть до скасування судового рішення, винесеного в першій інстанції, справа підлягає розгляду також за правилами для суду першої інстанції, але тут вже не беруться до уваги особливості апеляційного провадження, що означає застосування повної апеляції.

Отже, на сучасному етапі розвитку і становлення наукових концепцій про інститут апеляції ведеться активний пошук найбільш оптимальної та ефективної моделі адміністративного судочинства. Така ситуація свідчить про те, що питання про вдосконалення апеляційного судочинства в Україні ще досить довго залишатиметься відкритим і актуальним як в наукових колах, так і для законодавця і правозастосувача.

Література

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненка Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va11p710-07#Text>
3. Ухвала щодо прийнятності заяви № 32671/02 у справі «Скорик проти України». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO3726.html
4. Кодекс адміністративного судочинства України від 03.08.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20170803>
5. Хобор Р. Апеляційне провадження в адміністративному судочинстві. Чи потребує змін процесуальне законодавство? URL: <https://radako.com.ua/news/apelyacyjne-provadžhennya-v-administrativnomu-sudochinstvi-chi-potrebuie-zmin-procesualne>

6. Поляков І. С. Основні етапи розвитку інституту апеляції в адміністративному судочинстві: сутність та значення. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 6. С. 155-158.

7. Гальонкін С. А. Адміністративно-правове забезпечення апеляційного провадження в Україні: дис...канд. юрид. наук (доктора філософії) : 12.00.07. Суми, Університет сучасних знань; Сумський державний університет, 2018. 232 с.

8. Кравченко К. В. Сучасний погляд на правову природу апеляційного провадження по адміністративним справам. *Правова держава*. 2020. № 37. С. 67. С. 65-70.

9. Чернушенко Є. А. Апеляційне оскарження в цивільному процесі України. автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2003. 24 с.

О характере взаимодействия и системных связях института юридической ответственности и политики

*Глинда А.И., магистр
Научный руководитель
Сильченко Н.В., д.ю.н., профессор
Белорусский государственный университет*

Институт юридической ответственности во многом зависит от постоянно меняющейся социальной реальности и взаимодействует в стремлении ее упорядочить с иными социальными регуляторами.

Одним из мощнейших регуляторов общественных отношений является государственное регулирование как таковое. Отражение господствующей в государстве политической силы отчетливо проявляется в нормативной системе и оказывает воздействие, в том числе, на институт юридической ответственности.

Наиболее приемлемым вариантом взаимозависимости института юридической ответственности с политической составляющей социального регулирования нам видится координационная связь по принципу «невмешательства», как это наблюдается во взаимодействии с нравственно-религиозными регуляторами общественных отношений [1; 2]. Тем не менее, политика существенно более способна определять отношения ответственности.

Закономерно политическая сила текущего момента всегда стремится захватить влияние как можно в большем количестве сфер, в том числе и посредством установления норм об ответственности, а с учетом специфики нормотворчества, что влечет необходимость соблюдения определенной процедуры установления и отмены ответственности, – может оставаться в законе и после потери актуальности.

Следует также отметить, что возможность использования принудительной силы государства в регулировании общественных отношений позволяет посредством института юридической ответственности осуществлять как охрану сложившегося политического строя, так и воздействовать на правоотношения, усиливая ответственность или декриминализируя некоторые деяния в интересах сохранения власти. Такая связь наиболее заметна «на расстоянии», чаще всего после изменения политического лидерства и постепенной перестройке нормативного обеспечения действующей властью.

Характер взаимодействия и виды системных связей института юридической ответственности с политикой четко прослеживаются на примере уголовного законодательства Республики Беларусь в исторической ретроспективе. Также ярким отражением системных связей данного направления видятся декреты Президента Республики Беларусь.

Наследование советского опыта социального регулирования, характерный насильственный переход от религиозно (православно) - морального к политико-центристскому типу социального регулирования [3] получает свое продолжение в современном институте юридической ответственности.

Исторический переход норм уголовного права от позднего дореволюционного периода к современному белорусскому уголовному закону наглядно демонстрирует эту связь.

Октябрьская революция 1917 г. коренным образом изменила подходы к уголовному законодательству. Новая советская власть не прислушивалась к представителям старой школы, отвергала предыдущий опыт развития уголовного права [4, с. 111].

В связи с необходимостью ведения гражданской войны и вооруженного подавления всякого сопротивления советской власти законность подменялась революционной целесообразностью и революционным правосознанием [5].

Такой подход сохранялся длительное время, так еще Уголовный кодекс БССР 1928 г. разделял преступления на направленные против основ советского строя и «все остальные».

Задачами кодекса были правовая защита государства трудящихся и революционного правопорядка от преступлений и от общественно-опасных элементов [6, ст. 5].

В Уголовном кодексе БССР 1960 г. были предусмотрены наказания за измену Родине (статья 61), вредительство (статья 66), антисоветскую агитацию и пропаганду (статья 67), незаконный выезд за границу и незаконный въезд в СССР (статья 80), нарушение законов об отделении церкви от государства, и школы от церкви (статья 139), частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество (статья 150), спекуляцию (статья 151), побег с места ссылки (статья 182), самовольное возвращение высланного в места, запрещенные для проживания (статья 183) [7].

Термин «контрреволюционные преступления» был заменен термином «особо опасные государственные преступления». Государственным преступлением, например, являлась антисоветская агитация и пропаганда. Имущественные преступления были разделены на преступления против государственной (общественной) и против личной собственности, причем первые наказывались значительно строже [5].

Тесная связь политики с институтом юридической ответственности наблюдается и в современном Уголовном кодексе Республики Беларусь 1999 г.

В 2005 году установлена уголовная ответственность за предоставление иностранному государству, иностранной или международной организации сведений, дискредитирующих Республику Беларусь или ее органы власти [8, ст. 369¹]. С 2011 года введено уголовное наказание за нарушение порядка организации или проведения массовых мероприятий [8, ст. 369³].

Системные связи института юридической ответственности с политикой наблюдаются довольно очевидно в срочном вмешательстве в нормативное регулирование отношений ответственности через принятие главой государства актов временного действия.

Такая возможность в Республике Беларусь закреплена в статье 101 Конституции: «в силу особой необходимости Президент по своей инициативе либо по предложению Правительства может издавать временные декреты, имеющие силу закона» [9].

Например, серьезные изменения, направленные на либерализацию отношений в сфере деловой хозяйственной деятельности, которые коснулись, в том числе института юридической ответственности, предусмотрены Декретом Президента Республики Беларусь от 23 ноября 2017 г. № 7 «О развитии предпринимательства» [10].

Истоки вводимых перемен необходимо рассматривать во взаимосвязи с социальной действительностью и развитием отношений в сфере экономики, при этом форма нормативного закрепления принятых решений отражает также и политический интерес.

На связь политики и права указывают и правоведы, и политологи. Профессор Сильченко Н.В. замечает, что путем закрепления в законе форм собственности, избирательной системы, системы прав и обязанностей, других юридических приемов, можно обеспечить (и довольно надежно) государственную власть соответствующим социальным группам, имеющим вполне определенные идеалы, которые они будут отстаивать как государственные идеалы, ссылаясь при этом на право и закон [11, с. 17-19]. Козырев Г.И. полагает, что в реальной жизни политика может быть использована как для всеобщего блага

всех слоев общества, так и для защиты интересов господствующего класса в ущерб другим членам общества [12].

Итак, институт юридической ответственности в системе социального регулирования во многом демонстрирует взаимодействие общества и государства, стабильную взаимосвязь с политикой, при существующей основополагающей необходимости следования принципам законности и справедливости, с учетом очень характерной для политики переменчивости. Учитывая такую сложную задачу связь координации должна быть уверенной и прочной, дабы не допускать использования института юридической ответственности как силового метода в политическом противостоянии.

Соблюдение баланса общечеловеческие интересов большинства и властвующей части общества – сложнейшая задача права, и в этом смысле доступ к институту юридической ответственности политически лидирующей элиты требует строгого и неусыпного контроля соблюдения основ связей координации.

Также институт юридической ответственности и политика объединены генетической связью, некоторое иерархическое подчинение имеет место посредством связей субординации и преобразования.

Литература

1. Глинда А. И. Связи комплексности в институте юридической ответственности. *Правовая культура в современном обществе*. URL: http://www.institutemvd.by/components/com_chronoforms5/chronoforms/uploads/20190108155122_.pdf. (Дата доступа: 21.09.2020).
2. Глинда А. И. Системные связи института юридической ответственности и политики. *Известия Гомельского государственного университета имени Ф. Скорины*. 2021. №2 (125). С. 75-80.
3. Сильченко Н.В. Социальные координаты и идентификация национальной правовой системы. URL: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_26280701_24779031.pdf. (Дата доступа: 22.07.2021).
4. Сыс С.В. История развития уголовного законодательства Беларуси о классификации преступлений по уровню их общественной опасности. *Известия Гомельского государственного университета имени Ф. Скорины*. 2016. № 2 (95). С. 110–116.
5. Сноп С.Н. Уголовное право. Общая часть : конспект лекций. URL: http://ebooks.grsu.by/yg_pravo_konspekt/kontsevoj-titulnyj-ekran.htm. (Дата доступа: 22.07.2021).
6. Уголовный кодекс Белорусской Советской Социалистической Республики : утвержденный ЦИК БССР VIII созыва 23 сентября 1928 г., введен в действие с 15 ноября 1928 г. URL: https://www.pravo.by/upload/pdf/krim-pravo/UK_BSSR_1928_goda.pdf. (Дата доступа: 22.07.2021).
7. Закон Республики Беларусь от 29 декабря 1960 «Об утверждении Уголовного кодекса Республики Беларусь» / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. URL: https://pravo.by/ImgPravo/pdf/UK_BSSR_1960.pdf. (Дата доступа: 22.07.2021).
8. Уголовный кодекс Республики Беларусь: 09 июля 1999 г., № 275-З : принят Палатой представителей 02 июня 1999 г. : одобр. Советом Респ. 24 июня 1999 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 26.05.2021 / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=НК9900275>. (Дата доступа: 18.08.2021).
9. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.) О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь : Конституция Респ. Беларусь / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. URL: <https://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/>. (Дата доступа: 18.08.2021).

10. О развитии предпринимательства: Декрет Президента Республики Беларусь, 23 ноября 2017 г., № 7 / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. URL: <https://pravo.by/document/?guid=12551&p0=Pd1700007&p1=1>. (Дата доступа: 24.07.2021).

11. Сильченко Н.В. Законотворчество. Закон. Правовая система : избранные труды. Минск : Право и экономика (Серия «Научные труды белорусских ученых»), 2020. 200 с.

12. Козырев Г.И. Политическая конфликтология: учебное пособие. М.: ИД «ФОРУМ»: ИНФРА-М (Высшее образование), 2008. 432 с.

Проблемні аспекти використання основних біометричних параметрів в криміналістиці

Грекова Л.Ю., завідувач

Навчально-наукова криміналістична лабораторія

Національний авіаційний університет

Безперечним є факт, що використання біометричних систем у боротьбі зі злочинністю є актуальним сьогодні і перспективною інновацією на майбутнє, адже біометричні технології розвиваються достатньо швидко, формуючі нові дослідницькі методи, терміни та визначення.

Так, відповідно до ст. 3 Єдиного державного демографічного реєстру [1], біометричні параметри – це вимірювальні фізичні характеристики або особистісні поведінкові риси, які використовуються для ідентифікації (впізнання) особи або верифікації наданої ідентифікаційної інформації про особу. Біометричні дані – це сукупність даних про особу, зібраних на основі фіксації її характеристик, що мають достатню стабільність та суттєво відрізняються від аналогічних параметрів інших осіб (біометричні дані, параметри – відцифрований підпис особи, відцифрований образ обличчя особи, відцифровані відбитки пальців рук). Біометрія ж визначається в загальному розумінні [2] як сукупність автоматизованих методів і засобів ідентифікації людини, заснованих на її фізіологічній або поведінковій характеристиці. Сьогодні нею охоплюється найрізноманітніші технології, в яких для ідентифікації та автентифікації використовуються унікальні атрибути людини.

Біометричні технології увірвалися у наше повсякденне життя – від продуктів компанії Apple – моделей Iphone різної модифікації з біометричною системою розпізнавання зовнішності і пристроями для читання відбитків пальців, до біометричних паспортів, наявність яких у всього населення планети є лише питанням часу.

Зазвичай при класифікації біометричних технологій виокремлюють дві групи систем за типом використовуваних біометричних параметрів. Приміром, до статичних, або фізіологічних характеристик вчені відносять відбитки пальців або малюнок папілярних ліній, райдужну оболонку ока, сітківку ока, малюнок вен, обличчя, геометрію руки, ДНК. Динамічні, або поведінкові характеристики, – це почерк і динаміка підпису, голос і ритм мови, розпізнавання жестів, швидкість і особливості роботи на клавіатурі комп'ютера (або набору коду на кодонаборній панелі), хода.

Найпоширенішими методами біометричної ідентифікації особистості, які застосовуються у криміналістичній практиці, є сканування райдужної оболонки і відбитків пальців, які разом становлять 2/3 від усього обсягу систем ідентифікації.

Хоча біометричні технології мають широку перспективу в криміналістиці, наразі науковці зазначають недостатній рівень достовірності результатів ідентифікації в деяких випадках, зумовлений неадекватним вибором методу або комбінації методів, помилками під час формування апаратних засобів і низькою інформативністю обраних критеріїв і характеристик [3, с. 105].

Наприклад, при оцінюванні надійності процедури ідентифікації за відбитками пальців постає питання про можливість їхнього копіювання й використання іншими особами для отримання несанкціонованого доступу (виготовлення штучної кисті з нанесеними на неї відбитками пальців, нанесення папілярного візерунка пальців законного користувача на руки

зловмисника за допомогою спеціальних плівок, застосування фізичного насильства для примусового використання відбитку [3, с. 106-107, 4], або травматичне вилучення частини кисті особи).

До недоліків біометричної ідентифікації за райдужною оболонкою і сітківкою ока можна віднести використання складної у користуванні системи і досить довгий час оброблення (у всякому випадку на теперішній час), висока вартість таких систем, і як наслідок, відсутність широкого ринку пропозиції [5].

Останнім часом технологія біометрії використовує код ДНК (фізіологічний параметр суб'єкта), а сама методика «ДНК-експертизи» започаткована з 1985 року, коли вчені з Лестерського університету (Великобританія) вперше продемонстрували можливість ідентифікації людини на підставі аналізу її генетичних характеристик. Сьогодні технологія дозволяє відбирати зразки та здійснювати аналіз ДНК із застарілих плям крові, плям сперми та волосся. Нині метод генетичної ідентифікації володіє найвищою доказовістю та найвищою ефективністю серед методів аналізу слідів біологічного походження. Вважають, що генетичний аналіз найбільш застрахований від помилок об'єктивного характеру і ненавмисного людського чинника. При цьому варто зауважити, що принцип генетичної ідентифікації полягає у встановленні максимальної кількості генетичних ознак. Чим більше їх встановлено, тим достовірніше проведене дослідження. Тому, одна з найбільш значущих проблем ДНК-методу і полягає у тому, що не всі з цих генетичних ознак повністю індивідуальні та унікальні, що тягне за собою ймовірність помилки. Метод вимагає дуже високої кваліфікації судмедекспертів [6, с. 133].

Іншою проблемою достовірності цього методу є випадки хімерізму людини – одночасної присутності клітин різних генотипів в організмі.

У людини хімерізм має кілька видів і причин появи:

– мікрохімерізм, коли клітини плоду проникають в материнську кровоносну систему і приживаються в її тканинах і навпаки, у зворотному порядку;

– близнюковий хімерізм – зрощення кровоносних судин у гетерозиготних ембріонів близнюків, які передають один одному частини своїх клітин, через що органи і клітини одного організму мають різний хромосомний набір і групи крові.

– пост трансплантаційний хімерізм, який виникає через переливання крові та її компонентів (еритроцитів, лейкоцитів, тромбоцитів, плазми), через введення кровозамінників – лікувальних розчинів, що застосовуються при порушенні функцій крові, для її нормалізації або заміщення), через пересадки кровотворних органів або трансплантації органів, в тому числі і кісткового мозку. Власні клітини організму при цьому співіснують одночасно з клітинами донора. У деяких випадках клітини донора повністю вбудовуються в пересаджений організм [7; 8].

Отже, зважаючи на важливість цього напряму наукової діяльності, плідна наукова дискусія з питань застосування біометричних технологій в криміналістичній практиці, подальші дослідження науковців є запорукою підвищення достовірності застосування таких методів як доказової інформації і уникнення експертних помилок в майбутньому.

Література

1. Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20.11.2012 № 5492-VI. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T125492.html

2. Інтернет-портал «Вікіпедія». Веб-сайт. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%91%D1%96%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D1%82%D1%80%D1%96%D1%8F> (дата звернення: 29.07.2021).

3. Коваль Л.Г., Злепко С.М., Новіцький Г.М., Кречотень Є.Г. Методи і технології біометричної ідентифікації за результатами літературних джерел. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: технічні науки*. 2019. № 2, т. 30 (69) ч. 1, С.104-112.

4. Кухарев Г.А. Биометрические системы: Методы и средства идентификации личности человека. Санкт-Петербург : Политехника, 2004. 204 с.
5. Обзор существующих методов биометрической идентификации. Веб-сайт. URL: <http://www.sec4all.net/modules/myarticles/article.php?storyid=1265>. (дата звернення: 30.07.2021).
6. Захаров В. П., Рудешко В. І. Біометричні технології в ХХІ столітті та їх використання правоохоронними органами: посібник. 2-ге вид. Львів: ЛьвДУВС, 2015. – 492 с.
- 7, Портнов, А.А. Химеризм у человека Медицинская энциклопедия *Популярный журнал о медицине, технологиях, симптомах, болезнях и способах их лечения*. URL: https://ilive.com.ua/health/himerizm-ucheloveka_115293i88403.html. (дата звернення: 30.07.2021).
8. Кирвель В.К. Судебно-генетическая экспертиза: проблема химеризма. Веб-сайт. URL: https://www.pac.by/about/ideological-and-educational-work/45_%D0%9C%D0%9D%D0%9F%D0%9A_280319_%D0%A0%D0%93%D0%A3%D0%9F_%D0%A5%D0%B8%D0%BC%D0%B5%D1%80%D0%B8%D0%B7%D0%BC.pdf (дата звернення: 30.07.2021).

Побічні ефекти оптимізації дорожнього руху¹

*Кисельова М.С., молодший науковий співробітник
Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності
імені академіка В.В. Сташиса НАПрНУ*

В сучасному українському сьогоднішній ситуація у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху є зловбоденною, оскільки кількість дорожньо-транспортних пригод (далі – ДТП) на дорогах нашої країни значно випереджає аналогічні показники більшості держав світу. У 24% ДТП відбуваються через перевищення максимально дозвільної швидкості руху транспортного засобу, серед яких у 30% випадках такі ДТП завершуються травматизмом осіб, у 5% загибеллю учасників ДТП [1].

Для вирішення такої проблеми за прикладом країн Європейського Союзу та розвинутих країн світу з червня 2020 року в Україні була запроваджена системи автоматичної фіксації порушень Правил дорожнього руху. Наприклад, в Польщі така система зменшила на 30% кількість ДТП по країні в цілому. Окрім Польщі, така система тривалий час існує в Швеції та США. Широкого поширення набули фоторадари для спостереження за дорогами в Німеччині, де радарний контроль через систему відео- та фотоспостереження взагалі має багаторічну історію. Такі системи в вищевказаних країнах забезпечують мінімальний рівень смертності від ДТП, дотримання швидкісних режимів учасниками дорожнього руху, зменшення кількості правопорушень на дорогах та поповнення державного бюджету.

А яка ж ситуація складається на дорогах України? Чи дійсно досвід використання автоматизованої системи спостереження на дорогах зарубіжних країн, що була запроваджена в минулому році в Україні, створила сприятливі умови для учасників дорожнього руху.

За даними Auto-Consulting на початку 2021 року рівень мобілізації в Києві вперше перевищив позначку 400 автомобілей на тисячу мешканців. За останні 5 років цей показник виріс вдвічі.

¹ *Примітка.* Тези наукового повідомлення підготовлені у межах розробки фундаментальної теми дослідження «Стратегія запобігання правопорушенням у сфері дорожнього руху та експлуатації транспорту в Україні» відділу кримінологічних досліджень НДІ ВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України.

Незалежне київське інтернет видання «Хмарочос» інформує, що у рейтингу TomTom Київ у 2021 році посів 7 місце в світі за рівнем заторів на дорогах, в той час як у 2020 році посів 13 місце [2].

TomTom - це програмне забезпечення, яким користуються жителі 416 міст у 57 країнах світу на 6 континентах. TomTom розпізнає місця заторів та забезпечує вільний доступ водіїв до такої інформації. Програма має найточніші дані, оскільки оновлюється кожні 30 секунд через програму PEGTM, яка надає інформацію про дорожній рух та OPEN^{LR}, що використовується для надання звітів щодо аварій та заторів на будь-якому відрізку дороги будь-якої країни [2].

Проаналізувавши дані TomTom щодо завантаженості доріг, загальний середній рівень заторів у Києві в 2020 році склав 51%, в той час як у Стокгольмі – 23%, Берліні – 30%, Нью-Йорку – 26% [2]. Аналізуючи вищенаведені дані, бачимо, що рівень заторів в Києві вдвічі вищий за аналогічний показник в наведених країнах, саме в яких активно впроваджена політика забезпечення безпеки дорожнього руху за допомогою сучасних технічних засобів.

За даними TomTom за 2020 рік жителі Києві у заторах провели 207 діб (8 днів 157 год.), в той час як жителі Стокгольму – 98, Берліну – 108, Нью-Йорку – 94. І знову, показники Києва вдвічі перевищують показники іноземних країн [2].

До того ж достатньо сильно відрізняється час витраченого водієм на дорогу: в Києві водій вранці додатково витрачає 25 хв. на дорогу, ввечері – 29 хв., в Стокгольмі – вранці 10 хв., ввечері – 15 хв., в Німеччині вдень – 10 хв., ввечері – 14 хв., в Берліні вдень – 10 хв., ввечері – 15 хв. Отже, в наведених країнах показник витраченого водієм часу на дорогу вдвічі менший за показники, що фіксуються в Україні. Чому ж складається така ситуація? За даними TomTom з червня 2020 року зафіксовані щодобові так звані «Heavy congestion». TomTom зареєстрував лише 4 доби у II-му півріччі 2020 року, коли на дорогах Києва був зафіксований рівень заторів з позначкою « No congestion». В цей же час такий самий показник, але у I-му півріччі 2020 року фіксувався 45 разів [2]. З чим пов'язана причина зростання рівня заторів у 10 разів.

З 2 вересня 2020 року була запроваджена система автоматичної фіксації порушень ПДР. І з цього моменту ситуація на дорогах погіршується, а саме:

1. Збільшився рівень завантаженості доріг: через страх водіїв бути зафіксованими на відеокамерах, вони гальмують і уповільнюють рух автомобіля лише за кілька метрів до розташування такої, створюючи таким чином численні та довготривалі затори.

2. Зафіксована ситуація втрати часу на дорогу, затримки пасажирів у дорозі, збільшення часу в дорозі, оскільки учасники руху, щоб не потрапити в затор, відводять більше часу на дорогу, роздратування водіїв, що впливає на стан їх здоров'я і активну безпеку дорожнього руху.

3. Спроба якнайшвидше подолати затор, водій порушує безпечний інтервал і безпечну дистанцію між транспортними засобами, які є головними складовими безпеки дорожнього руху, таким чином створюючи небезпеку виникнення аварійної ситуації на дорозі і загрозу безпечного дорожнього руху.

4. Тривала робота «старт-рух-стоп» автомобільного транспорту призводить до додаткового зносу механічних деталей, що ускладнює забезпечення відповідності технічного стану транспортних засобів вимогам безпеки у процесі їх експлуатації і створює загрозу для виникнення ДТП.

5. Унеможлиблюється та/або ускладнюється забезпечення надання першої медичної допомоги та швидкої медичної допомоги на дорогах та роботи таких служб екстреної допомоги, як поліція, пожежна охорона, таким чином створюючи ситуацію несвоєчасної ліквідації наслідків ДТП і загрозу здоров'ю та життю постраждалим в ДТП.

6. Погіршився стан доріг, оскільки під час розгону та гальмування автомобіля у зоні контакту шини колеса з покриттям автомобільної дороги на дорогу активно діють вертикальні сили, що деформують дорожнє покриття. Така ситуація призводить до

необхідності поновлення ремонту доріг, і як наслідок маємо підвищені ставки цін на автомобіль, як необхідної умови сплати транспортного податку [3].

7. Суттєво збільшились витрати палива водіями, оскільки через активну уповільнену роботу, витрачену на розгін, паливо перетворюється у даремну теплову енергію гальмування, а тому воно витрачаються без користі і у більшому об'ємі. Як наслідок, виграють великі паливні компанії, оскільки водій все частіше і частіше збільшує кількості візитів на заправку, тим самим погіршуючи свій фінансовий стан та негативно впливаючи на екологічну картину міста.

Така ситуація не означає, що система автоматичної фіксації порушень ПДР вимагає її ліквідації, оскільки зарубіжний досвід забезпечення безпеки дорожнього руху за допомогою таких систем демонструють свою ефективність. Ми звертаємо увагу на необхідність вдосконалення такої системи в Україні, усунення її недоліків шляхом продуманої практики її застосування та технічної адаптації до національних умов забезпечення безпеки дорожнього руху.

Література

1. Запуск системи автоматичної фіксації порушень Правил дорожнього руху. URL: <https://mvs.gov.ua/uk/ministry/avtomatichna-sistema-fotovideofiksaciyi-porusen-pdr/zapusk-sistemi-avtomatichnoyi-fiksaciyi-porusen-pravil-doroznyogo-ruxu>
2. Tom Tom. URL: https://www.tomtom.com/en_us/
3. Причини збільшення витрати палива. URL: <https://ukr.media/auto/384689/>

Актуальні питання щодо джерел службового права

Коваленко Б.В., аспірант

Науковий керівник:

Коломоєць Т.О., д.ю.н., професорка, член-кореспондент НАПрН України

Запорізький національний університет

Для характеристики службового права необхідним є аналіз питання щодо його джерел, наявність та особливості яких дозволяє з'ясувати роль і місце службового права у системі національного права. Для службового права характерним є розмаїття джерел, при цьому, з огляду саме на особливості предмету й охоплення всього багатоманіття видів публічної служби, джерел надто багато й характерним є превалюювання як законодавчих, так і підзаконних нормативно-правових актів. Одночасно кодифікованого акту, на жаль, немає, що також підтверджує положення про те, що службове право, принаймні поки що, не можна розглядати в якості галузі права, для якої наявність такого акту є характерною [5, с. 131-134]. Джерельну базу підгалузі формують міжнародно-правові акти, ратифіковані Верховною Радою України, законодавчі акти, які закріплюють засади основних різновидів публічної служби (наприклад, Закони України «Про державну службу», «Про службу в органах місцевого самоврядування», «Про дипломатичну службу», «Про національну поліцію» тощо), й слід зазначити, що такі акти як безпосередньо присвячені питанням служби і про це є вказівка у назві, так і присвячені більш комплексним питанням й у назві таких актів слова «служба» немає, проте вони також є джерелами службового права (наприклад, Закони України «Про Національну поліцію», «Про Службу безпеки України» тощо). Значним є масив підзаконних актів, в тому числі й «особливих» (з особливою процедурою прийняття та доступу до них). До таких джерел варто віднести й судові рішення, насамперед Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду у частині справ, пов'язаних із спорами про публічну службу, рішення Конституційного Суду України і беззаперечно рішення ЄСПЛ знову ж таки предметної спеціалізації. Не варто забувати й про оновлений доктринальний погляд на джерела галузевого права (наприклад, роботи В. Бевзенка, С. Стеценка, В. Колпакова, Т. Коломоєць, О. Кузьменко, А. Пухтецької та ін.), а саме: виокремлення «неформалізованих джерел», в яких «...також можуть міститися норми

права» [1, с. 103] й зосередження уваги на правовій доктрині та Soft Law [1, с. 104] і які можуть застосовуватися у «незвичних» випадках нормотворення. Тим не менш, саме домінуючими є джерела формалізовані й превалювання підзаконних нормативно-правових актів істотно ускладнює як самому джерельну базу службового права, так і виокремлення принципів останнього як засадничих його положень. На порядку денному постає питання про можливість підготовки Службового кодексу України, який би охопив всі службово-правові норми, а отже і принципи. Проблематика кодифікації службового законодавства вже порушувалася неодноразово (наприклад, роботи Т. Коломоець, Ш. Гаджиєвої, М. Титаренко, Д. Припутня, Т. Аніщенко, В. Столбового та ін.), проте і до цього часу такого акту немає. Втім у разі його прийняття цілком логічно вести мову про появу ще однієї ознаки для модифікації ролі і місця службового права у системі права, про набуття ознак унікальності самостійного елементу системи права. Поки ж відсутність кодифікованого службового нормативно-правового акту додатково підкреслює підгалузевий характер службового права, як підгалузі адміністративного права. Варто зазначити, що проблематику джерел службового права варто розглядати в аспекті урахування новітніх доктринальних підходів до розуміння джерел, їх класифікації та системи. Приємно відзначити, що зацікавленість вчених-адміністративістів проблематикою джерел службового права не обмежується лише їх перерахуванням [2, с. 12-17], а й детальним аналізом їх можливих класифікацій та зосередженням уваги на різновидах. І у цьому аспекті варто підтримати Т. Коломоець, яка, із посиланням на роботи О. Константного, Ш. Гаджиєвої, Л. Баєвої, Л. Горбунової, Н. Пархоменко, О. Ордіної та ін., пропонує «новацийні» вектори у дослідженні джерел адміністративного права [3, с. 161-164; 4, с. 72-79], а з огляду на те, що службове право – це підгалузі адміністративного права, цілком логічно, що і джерел службового права. Доцільно погодитися із тим, що, завдяки чисельності та багатоманітністю джерел службового права, ускладненим їх аналіз. Службове право варто розглядати в якості підгалузі адміністративного права з огляду на наявність унікального предмету регулювання, проте відсутність самостійного методу правового регулювання й використання для регулювання методів адміністративного права. На користь відсутності галузевого характеру службового права свідчить й специфіка його джерельної бази, а саме багатоманітність й чисельне домінування законодавчих та особливо підзаконних нормативно-правових актів, відсутність кодифікованого службового нормативно-правового акту. Функціональне призначення службового права реалізується завдяки наявності системи загальних (політичної, економічної, соціальної) та спеціальних (регулятивних та охоронних) функцій. Для з'ясування реального змісту службового права, його особливості пропонується розглядати його систему, поряд із традиційним варіантом «підгалузь – інститут – норма права», й в аспекті виокремлення Загального службового права (загальні положення публічної служби, принципи, вступ, службова кар'єра, припинення, заохочення, відповідальність тощо), Особливого службового права (норми, що визначають специфіку регулювання окремих різновидів публічної служби), а також Матеріального службового права та Процедурного службового права, Регулятивного службового права та Охоронного службового права, із усвідомленням умовності такого поділу та наявності у системі службового права всіх обов'язкових ознак системи.

З огляду на видове розмаїття публічної служби, ускладненим (навіть надмірно) є аналіз всіх джерел службового права. У контексті цього варто порушувати питання: по-перше, їх класифікації і, по-друге, систематизації. Стосовно першої одразу ж варто зазначити про відсутність уніфікації критеріїв. Так, наприклад, поряд із традиційними («формалізовані» та «неформалізовані»), пропонується є за суб'єктом прийняття, за сферою, часом, колом дії, за структурою, за змістом, за процедурою прийняття й, як наслідок, – формування їх системи за принципом «групування джерел за схожістю та відмінністю» [3, с. 162; 6, с. 27]. Джерела службового права взаємодоповнюють одне одного, перебувають «у цілісних зв'язках» між собою, взаємозалежать один від одного, що безперечно збільшує їх кількість (з огляду на види публічної служби) й ускладнює їх застосування (особливо в

умовах колізій). Саме тому цілком виправданим виглядає вектор дослідження їх ресурсу саме в аспекті їх систематизації і зокрема кодифікації, про що вже неодноразово відзначали у своїх роботах Т. Коломоєць, Т. Аніщенко, С. Федчишин, М. Титаренко, Ш. Гаджієва, В. Столбовий, Л. Біла-Тіунова та ін. Це істотно спростило б джерельну базу службового права, правозастосування у зазначеній сфері відносин й безперечно сприяло б остаточному виокремленню службового права у системі права в якості самостійного елементу.

Отже, акумулюючи все вищезазначене, можна запропонувати наступне визначення джерела службового права – це нормативно-правовий акт, який містить правову норму, яка пов'язана із регламентацією організації та функціонування публічної служби, забезпечення реалізації та захисту публічного інтересу особами, які перебувають на певних посадах й наділені для цього певним обсягом публічно-владних повноважень.

Література

1. Бевзенко В.М., Мельник Р.С. Загальне адміністративне право: навч. посібн. / за заг. ред. Р.С. Мельника. К.: Ваіт, 2014. 376 с.
2. Публічна служба: посібн. для підгот. до іспиту / Ю.П. Битяк, Н.П. Матюхіна, С.А. Федчишин; за заг. ред. Н.П. Матюхіної. Харків: Право, 2018. 260 с.
3. Коломоєць Т.О. Джерела адміністративного права: проблемні питання доктринального визначення, класифікації та системного аналізу. *Право України*. 2017. № 6. С. 72-79.
4. Коломоєць Т.О. Джерела адміністративного права: проблемні питання доктринального визначення, класифікації та системного аналізу. *Питання адміністративного права*. Кн. 3 / відп. за вип. Н.Б. Писаренко. Харків: Право, 2019. С. 157-165.
5. Коломоєць Т.О. Службове право – це самостійна галузь права чи елемент системи адміністративного права. *Питання адміністративного права*. Кн. 2 / відпов. за вип. Н.Б. Писаренко. Х.: ООО «Оберіг», 2018. С. 131-140.
6. Коваленко Л.П., Ільницький В.О., Чирік С.В., Коваленко Б.В. Принципи службового права України: становлення та розвиток. *Службове право: витоки, сучасність та перспективи розвитку*: колективна монографія / за заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 46-58.

Антикорупційні суди: причини та передумови запровадження

Кондрич В.В., аспірант, помічник адвоката

Національний університет «Одеська юридична академія»

Поширеність корупційних явищ, неприйнятно високий рівень корупції високопосадовців країн «третього світу», Східної Європи та пострадянських країн, невдалі реформи правоохоронної і судової системи, недовіра суспільства до основних інститутів влади зумовили необхідність пошуку нових напрямів у боротьбі з корупцією.

Одним з таких напрямів поступово стає запровадження системи спеціалізованих антикорупційних інституцій, у тому числі антикорупційних судів.

Саме поняття «антикорупційні суди» в дослідженні провідних міжнародних експертів з цих питань Софі А. Шютте та Метью К. Стівенсона трактується як суддя, суд, підрозділ суду або трибунал, який спеціалізується в основному (але не виключно) на розгляді справ про корупцію [1].

Основними причинами запровадження спеціалізованих антикорупційних судів у зарубіжних країнах стали:

- 1) надзвичайно високий рівень корупції у більшості країн, де запроваджені такі суди, і відсутність у політичній еліті політичної волі протистояти корупції у вищому ешелоні влади та приватному секторі;
- 2) занепокоєність самих держав, міжнародних і зарубіжних партнерів, а також

громадянського суспільства низьким рівнем доброчесності і системною корупцією серед суддів загальних судів;

3) політична та інша залежність суддів загальних судів від корупціонерів-високопосадовців, вибіркоче правосуддя та ухвалення загальними судами політично мотивованих рішень;

4) організаційна неспроможність загальних судів здійснювати ефективне правосуддя у корупційних справах, обумовлена складністю справ цієї категорії, надмірною завантаженістю суддів, затягуванням судового процесу, системним порушенням строків розгляду справ та численними порушеннями прав учасників судового процесу;

5) недостатній рівень професійної підготовки суддів загальних судів, особливо щодо розгляду складних корупційних справ стосовно високопосадовців;

6) пов'язаність суддів загальних судів з прокурорами, слідчими, адвокатами, політиками, управліннями, що детермінує їх упередженість під час розгляду справ;

7) намагання подолати низький рівень довіри суспільства до традиційних загальних судів, який вкрай важко відновити, у той час як новостворені антикорупційні суди мають змогу почати діяльність «з чистого аркушу» і заслужити на повагу громадськості;

8) необхідність створення нового привабливого образу на зовнішньополітичній арені та подання сигналу громадянському суспільству, що держава не лише декларативно, а реально опікується проблемою боротьби з корупцією.

Ураховуючи недоліки та вади традиційних судових систем високо корумпованих держав, основними завданнями створення антикорупційних судів проголошено забезпечення ефективності, прозорості та компетентності.

Частину антикорупційних судів створено за ініціативою самих держав, але іноді вирішальну роль у запровадженні цих інституцій відігравали розвинені зарубіжні країни, урядові та неурядові міжнародні організації, а також програми міжнародної фінансової та технічної допомоги. Серед причин тиску на національні юрисдикції з боку зарубіжних та міжнародних партнерів у ряді випадків є стурбованість зростанням корупції та неефективним використанням міжнародної фінансової допомоги в антикорупційних програмах.

Серед міжнародних організацій (міжнародних донорів), які найчастіше долучалися до підтримки держав у запровадженні спеціалізованих антикорупційних інституцій, представлені Агентство США з міжнародного розвитку (USAID), Transparency International, Інститут міжнародного права африканського центру правової досконалості, Управління ООН з наркотиків і злочинності, Програма розвитку ООН (ПРООН), Організація економічного співробітництва і розвитку, Міжнародна антикорупційна консультативна рада, GRECO, інституції Ради Європи і Європейського Союзу, Міжнародний валютний фонд тощо.

Практично в усіх країнах створення нового судового органу наражалося на протидію з боку політиків, правників, а іноді і експертного товариства.

Критики ідеї антикорупційних судів, ураховуючи ризики, пов'язані з їх створенням, найчастіше стверджували, що їх запровадження здатне створити лише ще один неефективний державний орган, особливо у країнах з системною корупцією і слабкими демократичними інститутами. Занепокоєння викликало і те, що існував ризик маніпулюваннями суддями і перетворення новоствореної антикорупційної інституції в інструмент політичної розправи з неугодними опонентами чинної влади та великого бізнесу. Висловлювалися і прямі побоювання щодо ризику корумпування суддів новоствореного суду, навіть незважаючи на їхню більш ніж пристойну оплату праці та підвищені гарантії соціального забезпечення.

У той же час, прихильники стверджували, що саме діяльність спеціалізованих органів правосуддя здатна принципово підвищити ефективність розгляду корупційних справ, у тому числі за рахунок використання спрощених процедур, забезпечити прийняття якісних і послідовних судових рішень, і антикорупційні суди взагалі є чи не єдиною гарантією судового переслідування корупціонерів.

На цей час спеціалізовані судові органи запроваджені у більш ніж двадцяти юрисдикціях (Філіппіни, Пакистан, Індонезія, Словаччина, Бангладеш, Хорватія, Болгарія, Сенегал, Мексика, Україна, Мадагаскар та ін.).

Незважаючи на те, що питання щодо доцільності їх створення та ефективності функціонування в цілому залишається відкритим, більшістю незалежних експертів наголошується, що їх запровадження, принаймні у державах перехідного періоду, сприятиме забезпеченню незалежності суддів, підвищенню якості та оперативності розгляду складних корупційних справ, особливо щодо вищих посадових осіб держави, відновленню довіри громадянського суспільства до системи правосуддя.

Відповідно, досвід діяльності антикорупційних судових інституцій інших країн є важливим для України і потребує подальшого дослідження.

Література

1. Створення та діяльність антикорупційних судів у Болгарії, Словаччині та Хорватії : інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром на запит народного депутата України. URL : <http://eufocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29287.pdf> (дата звернення: 16.08.2021).

До питання конституційних основ соціальної держави

Костров В.О., аспірант

Національний університет «Одеська юридична академія»

Конституція України створила міцні основи для розвитку соціальної, правової держави.

На думку В. Опришка, цінність нової Конституції якраз і полягає в тому, що вона дає можливість розглядати її значення в юридичному, політологічному та соціальному аспектах [1, с. 14] як міцної основи для становлення демократичної, правової, соціальної держави. Основні ознаки такої держави закріплені у конституційних принципах: визнання пріоритету прав і свобод людини та громадянина; взаємна відповідальність держави і громадян; поділ державної влади на виконавчу, законодавчу та судову; соціальна справедливість, гуманізм, демократична форма правління тощо. Проте встановлення зазначених норм, як і тривалий процес побудови демократичної, правової, соціальної держави, потребує негайного приведення правових, організаційних, структурних та інших засад функціонування усіх інститутів влади в Україні, закріплених у діючому законодавстві, відповідно до нових політико-правових умов їх діяльності та розвитку.

На думку М. Павловського, нині структура законодавства України загалом побудована так, що воно спирається на крайнощі індустріального суспільства – державний соціалізм чи класичний капіталізм, оскільки в законодавстві фактично не відображені такі особливості перехідного періоду, як потреба посиленого втручання держави в економіку, баланс протекціонізму та лібералізму, прояв законів розвитку та деградації ринку [2, с. 29]. В результаті місце гарантій всього спектру прав людини і громадянина (соціальних, економічних, політичних та гуманітарних) займає лише їх декларування [2, с. 19].

З правової точки зору цю ситуацію ґрунтовно проаналізував М. Орзіх. Він вважав, що використання потенціалу розширеної номенклатури прав і свобод людини і громадянина в Україні нині відсунуто на другий план доктринальних інтересів порівняно з розробкою і введенням у дію правозахисних та правозастосовчих механізмів [3, с. 28].

Тому, як слушно наголошує В. Шаповал, актуальним етапом конституційного процесу в Україні є реалізація норм Основного Закону [4, с. 3]. «Здійснення державно-правової реформи на основі нової Конституції України та втілення в життє українського суспільства оновленого законодавства означатиме, – пише Є. Назаренко, – що Україна зробила ще один значний крок на шляху створення демократичної, соціальної, правової держави» [5, с. 43].

На цьому ж наголошують А. Ткачук, Ю. Саєнко, Ю. Привалов: «Конституція України завершила перший етап конституційного процесу в Україні і поклала початок формуванню всієї структури влади в Україні вже на тривалій конституційній основі» [6, с. 71]. Органи державної влади мають, з одного боку, забезпечити виконання вимог чинного законодавства, а з іншого – створити досконалу законодавчу базу, яка б забезпечувала стабільний рух України в проголошеному європейському напрямі, виходячи з пріоритетності прав і свобод людини як альфи і омеги всіх державотворчих процесів. Саме тому, наголошують провідні українські конституціоналісти (М. Козюбра, В. Шаповал, Є. Назаренко, Ю. Шемшученко та інші), будь-який правовий акт – закон, указ чи постанова, що видається державними органами, – не тільки не повинен, а й не може суперечити конституційним нормам. І річ тут не стільки в тому, що, за словами римських юристів, «несуперечливість законів є їх першою придатністю», скільки в тому, що пріоритет конституції є необхідною і обов'язковою ознакою правової державності чи цивілізованої країни взагалі, як пише А. Білоус [7, с. 5].

Висновки. Політико-правове значення ідеї соціальної, правової держави у стратегічному процесі українського державотворення, як і її роль у формуванні напрямів розвитку сучасної політичної практики, сприяє визначенню проблематики досліджень конституційно-правового забезпечення тих процесів, що супроводжують запровадження принципів соціальної, правової держави та виступають тими показниками, які дають змогу в юридичному плані зафіксувати ступінь реалізації тих чи інших норм, принципів, механізмів, правил, що визначають соціальну, правову державу.

Література

1. Опришко В. Конституція України – основа розвитку законодавства. *Право України*. 1997. № 8. С. 14–16.
2. Павловський М. Ідеологія прогресивних реформ для України. Київ : Техніка, 1998. 56 с.
3. Орзіх М.П. Глобалізація доктрини прав людини і громадянина. *Правова держава*. Київ, 1998. Вип. 9. С. 24–28.
4. Шаповал В. Конституція України як норматив-но-правовий акт. *Право України*. 1997. № 10. С. 3–6.
5. Назаренко Е.В. Запровадження в життя Конституції – головна мета сучасного етапу правової реформи державної влади. Конституція України – основа подальшого розвитку законодавства : [зб. наук. пр.]. Київ : Інститут законодавства Верховної Ради України, 1997. Вип. 2. С. 36–44.
6. Ткачук А. Місцеве самоврядування в Україні. *Розбудова держави*. 1997. № 7–8. С. 71–83.
7. Білоус А. До і після Конституції. *Нова політика*. 1996. № 3. С. 5–16.

Повноваження громадських рад як ефективний елемент реалізації їх адміністративно-правового статусу

Крайній П.І., асистент

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Завдання побудови демократичної держави, в якій кожен може реалізувати свої права і претендувати на участь у процедурах прийняття публічних рішень органами влади чи місцевого самоврядування є одним з найбільш амбіційних завдань для демократичних держав у ХХІ столітті. Реформи в системі управління відкрили безліч нових можливостей для взаємодії з громадянами.

У деяких випадках старі інститути, що успадкували від республіканських та монархічних форм правління систему органів влади, яка концентрувалась в руках однієї особи чи колегіального органу були перебудовані відповідно до програм сучасного управління. Конституційні реформи і реформи управління привели до появи абсолютно

нових структур. Варто зазначити, що саме в західній традиції публічного та адміністративного права, які займаються вивченням правової природи інституту громадських рад, останні розглядаються в якості гібридних «нових демократичних просторів» [1].

Останні виконують роль посередника між державою і суспільством. Вони у багатьох відношеннях є провідниками для переговорів, інформації та її обміном яка досить часто залишається поза увагою посадових осіб в кабінетах органів влади різного рівня. Громадські ради можуть створюватися і передбачатися державою, підтримуватися в окремих випадках правовими або адміністративними гарантіями та розглядатися державними суб'єктами як їх публічний простір до якого запрошуються громадяни, їх представники та будь-хто з числа зацікавлених осіб. Проте, їх також можна розглядати як простір, який наповнюється вимогами громадянського суспільства про включення для обговорення суспільно-значущих та важливих питань. Деякі з них є короткочасними, разовими консультативними заходами; інші - це регульовані інститути, які більш міцно присутні в сфері управління.

Важливим в даному контексті є те що належне закріплення адміністративно-правового статусу громадських рад слугуватиме ефективній реалізації ними своєї ролі в механізмі взаємодії між державою та суспільством. Оскільки для нашої держави така форма вираження реалізації права громадян на участь у прийнятті рішень органами влади та місцевого самоврядування є новою, ґрунтовних та систематичних досліджень даного питання не проводилось. Здійснено фрагментарне вивчення окремих аспектів діяльності рад. І це в той час коли значна кількість громадських рад в Україні створені та здійснюють свою діяльність. Законодавча база яка регламентує порядок діяльності громадських рад розроблена. Однак, не проводилось ґрунтового вивчення елементів адміністративно-правового статусу громадських рад, особливо такого його елементу як повноваження.

Категорія «повноваження» у теорії права є поняттям узагальнюючим яке означає нерозривне поєднання прав та обов'язків [2]. Ми підтримуємо думку науковців, які стверджують що складові компетенції та правового статусу зміст та перелік адміністративних повноважень закріплюються у спеціальних статтях різних за юридичною силою нормативних актів, наприклад: Конституції України; законів..., підзаконних нормативно-правових актів... [3, с. 186].

Використовуючи вказаний алгоритм слід вказати, що повноваження громадських рад в Конституції України чітко не визначені, оскільки вони не являються органом публічної влади. Однак, відповідно до п. 7 Постанови Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» №996 від 3.11.2010 р. вказано наступне: «припинити повноваження громадських рад при міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласних, Київській та Севастопольській міських, районних, районних у м. Києві та Севастополі державних адміністраціях, утворених до 22 лютого 2014 року» [4]. Тобто на рівні підзаконного нормативно-правового акту, законодавець згадує про те що громадські ради наділені відповідними повноваженнями. Категорія «адміністративні повноваження» включає в себе права та обов'язки суб'єкта адміністративного права. Громадські ради не являються окремими органами влади, вони не підміняють собою органи влади чи місцевого самоврядування. Але вони можуть брати активну участь у прийнятті суб'єктом публічної влади нормативних або ж адміністративних актів, здійснювати аналітичні та вузькоспеціалізовані вивчення окремих аспектів будь-якого проблемного питання, яке відноситься до сфери діяльності відповідного органу влади.

Відповідно до п. 1 Типового положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі державній адміністрації затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 24 квітня 2019 р. № 353) громадська рада при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої

влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі держадміністрації (далі - громадська рада) є тимчасовим консультативно-дорадчим органом, утвореним для сприяння участі громадськості у формуванні та реалізації державної, регіональної політики.

В той же час, Положенням у п. 5 перераховано права громадських рад, до яких належать право утворювати постійні та тимчасові робочі органи (правління, секретаріат, комітети, комісії, експертні групи тощо); залучати до своєї роботи працівників центральних та місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, представників підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності (за згодою їх керівників), а також окремих фахівців (за згодою); організувати і проводити семінари, конференції, засідання за круглим столом та інші публічні заходи; отримувати в установленому порядку від органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування інформацію, необхідну для забезпечення діяльності ради; отримувати від органу виконавчої влади проекти нормативно-правових актів з питань, що потребують проведення консультацій з громадськістю; проводити відповідно до законодавства громадську експертизу діяльності органу виконавчої влади та громадську антикорупційну експертизу нормативно-правових актів, проектів нормативно-правових актів, розроблених органом виконавчої влади [4].

Водночас, у тексті Положення не визначено окремого пункту із обов'язками громадської ради, окремих членів ради та створюваних в разі необхідності утворень (наприклад, комісії, комітети і т. п.). Вони згадуються лише в загальному контексті які стосуються припинення повноважень голови громадської ради. Вказана прогалина може суттєво вплинути на якість та продуктивність діяльності громадських рад. Адже у випадку, коли така інституція не має жодних обов'язків перед відповідним органом виконавчої влади який її утворив або громадським об'єднанням, члени якого увійшли до складу громадської ради, прийняті рішення будуть поверхневими, формальними та не відповідатимуть відповідним завданням, які покладені на громадські ради. Не буде жодного стримуючого правового механізму, що гарантував би проведення діяльності громадськими радами з додержанням прав інших суб'єктів що беруть участь в адміністративних правовідносинах.

Згідно інформації розміщеної на офіційному сайті Кабінету Міністрів України станом на кінець I кварталу 2021 року громадські ради діяли при 67 органах виконавчої влади: 12 міністерствах (крім Мінінфраструктури, МКП, МОЗ, Мінекономіки, Мінреінтеграції, Мінстратегпрому, Мінрегіону); 34 інших ЦОВВ (крім Державної служби якості освіти, Укртрансбезпеки, Держенергоефективності, ДФС, Держенергонагляду, Нацполіції, Українського інституту національної пам'яті, Фонду державного майна та низки новоутворених органів); 20 обласних та Київській міській держадміністраціях (крім Волинської, Житомирської, Запорізької та Одеської облдержадміністрацій) [5]. Однак, як ми продемонструємо нижче, відсутність належного правового регулювання повноважень громадських рад може призвести до зниження ефективності їх діяльності або ж їх формальне створення.

Так, нами проаналізовано діяльність наступних громадських рад: Громадської ради при Міністерстві юстиції України (далі – ГР при Мінюсті), Громадської ради при Міністерстві внутрішніх справ (далі – ГР при МВС), Громадської ради при Міністерстві охорони здоров'я України (далі – ГР при МОЗ) та Громадська рада при Міністерстві закордонних справ (далі – ГР при МЗС).

Дане порівняння стосується наявної інформації щодо звітів вказаних громадських рад за результатами діяльності. На сайті Мінюсту опубліковано звіт про діяльність ГР за 2019-2021 р. р. 3-поміж іншого, у ньому вказано про роботу 8 комітетів у складі громадської ради. Однак, тільки 2 комітети з 8 взяли безпосередню участь у розробленні проектів нормативно-правових актів (комітет з питань конституційного законодавства та інших галузей публічного права та комітет з питань цивільного законодавства та інших галузей приватного права). Тобто, відсутність обов'язкової участі у розробленні проектів нормативно-правових

актів може стверджувати про формальність здійснення ГР при Міністерстві юстиції України своєї діяльності [6].

З іншого боку, ГР при Міністерстві внутрішніх справ на своєму офіційному сайті взагалі не розмістила звіту за результатами своєї діяльності за попередній період. Розміщено лише інформацію стосовно підсумків роботи, де поверхнево опубліковано відомості про її діяльність за попередній період. До прикладу, вказано про те, звітному періоді ГР брала участь у всіх консультаціях з громадськістю, що проводилися Міністерством внутрішніх справ: були обговорені 23 проекти нормативно-правових актів, розробником яких є МВС. Які саме проекти нормативно-правових актів чи консультації з яких саме питань були проведені у вказаній новині не зазначається [7].

В той час як п. 4 Положення чітко визначено завдання ГР щодо підготовки та оприлюднення щорічного звіту про свою діяльність. Останній приклад демонструє формальне відношення членів ГР при Міністерстві внутрішніх справ України щодо оприлюднення інформації про свою діяльність. Вказане свідчить про необхідність внесення відповідних змін до Положення, в частині визначення загального та вичерпного переліку обов'язків.

Стосовно діяльності ГР при МОЗ відсутні звіти про результати їх діяльності за 2020 р. де останні публікації стосуються Наказу МОЗ України від 16.05.2019 № 48-АдМ "Про визнання таким, що втратив чинність, наказу МОЗ України від 18 березня 2019 року № 23-Адм" «Про визначення дати проведення установчих зборів та створення ініціативної групи з підготовки установчих зборів для формування складу Громадської ради при Міністерстві охорони здоров'я України» та Наказу МОЗ України від 03.07.2021 №1357 "Про створення Ініціативної групи з підготовки установчих зборів для формування Громадської ради при Міністерстві охорони здоров'я України". Під час того, коли пандемія COVID-19 впродовж 2020 року й до зараз являється проблемою для всієї світової спільноти, значним суспільним невдоволенням громадян в нашій країні ефективністю здійснення державної політики для подолання згаданої проблеми, Міністерство не вбачало можливим створення ГР. Виникало безліч питань які вимагали залучення фахівців у сфері епідеміології, вірусології та інших напрямків природничих та медичних спеціальностей, налагодження ефективного діалогу між громадянами та державою, ГР при МОЗ взагалі не збиралась, її склад не оновлювався та не формувался. Звіти про результати діяльності не публікувались [8].

На нашу думку, вони мають бути по обсягу такими ж як і права ГР. Наприклад, варто вказати на обов'язок здійснювати свою діяльність в межах Конституції, Законів України та нормативно-правових актів; готувати щорічні звіти із зазначенням детального аналізу здійснених ГР заходів; збирати, узагальнювати та подавати органу виконавчої влади пропозиції громадськості щодо вирішення питань, які мають важливе суспільне значення; інформувати громадськість про результати здійснення своєї діяльності, прийняті за результатами роботи громадської ради на офіційних сайтах органів виконавчої влади; приймати участь в роботі органів влади, їх структурних підрозділів, які розглядатимуть внесені ГР пропозиції до нормативно-правових актів; надавати фахові консультації органам виконавчої влади, при яких вони створені.

На завершення, ми хочемо навести твердження відомого дослідника деліберативної демократії Джона Дрізека: «Демократизація ... це розширення в будь-якому з трьох вимірів... Перший - це франшиза, що залучає все більше число людей, здатних ефективно брати участь у колективному прийнятті рішень. Другий - це масштаб, що дозволяє вирішувати ширше коло питань і здійснювати демократичний контроль у різних сферах життя ... Третій - автентичність контролю ...: бути реальним, а не символічним, передбачаючи ефективну участь автономних та компетентних суб'єктів [9].

Важливість чіткого нормативного закріплення прав і обов'язків громадських рад має важливе значення, адже вони не є урядом чи органом влади. Законна участь громадянського суспільства шляхом створення громадських рад є основоположним елементом нової парадигми державно-приватних відносин у 21 столітті. А чітке визначення повноважень

громадських рад зможе підсилити їх спроможність бути реальними учасниками державно-приватного діалогу.

Література

1. Cornwall A., Coelho V. 'New democratic spaces?'. *IDS Bulletin*. 2004. Vol. 35, no. 2. 2004. Vol. 35, no. 2. URL: <https://doi.org/10.1111/j.1759-5436.2004.tb00113.x>.
2. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручн. / пер. з рос. Харків, 2001. С. 364.
3. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право: навчальний посібник / за заг. ред. Р.С. Мельника. К.: Ваїте, 2014. 376 с.
4. Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : Постанова Каб. Міністрів України від 03.11.2010 р. № 996 : станом на 7 трав. 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-п> (дата звернення: 10.08.2021).
5. Кабінет Міністрів України / Інформаційно-аналітичні матеріали. *Головна | Кабінет Міністрів України*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/gromadskosti/gromadyanske-suspilstvo-i-vlada/gromadski-radi/informacijno-analichni-materiali> (дата звернення: 10.08.2021).
6. Діяльність Громадської ради 2019 – 2021. *Міністерство юстиції України*. URL: https://minjust.gov.ua/str_grom_rada/diyalnist-grom-rady-19-21/diyalnist_grom_radu2019 (дата звернення: 10.08.2021).
7. Громада при МВС підвела підсумки роботи за 2020 рік. *МВС України*. URL: https://mvs.gov.ua/uk/for_citizens/novini-gromadskoyi-radi/gromrada-pri-mvs-pidvela-pidsumki-roboti-za-2020-rik (дата звернення: 10.08.2021).
8. Правова основа. *Міністерство охорони здоров'я України*. URL: <https://moz.gov.ua/pravova-osnova> (дата звернення: 10.08.2021).
9. Dryzek, J S 2000. *Deliberative Democracy and Beyond: liberals, critics, contestations*. Oxford: Oxford University Press.

Присяга у службових правовідносинах: історико-правовий аспект

*Кремова Д.С., здобувачка
Запорізький національний університет*

Аналіз вітчизняних документальних джерел, що містять згадки про події, починаючи з зародження державності, свідчить про багатогранну історію розвитку інституту присяги. Як відомо, на території степової України тривалий час панувала цивілізація кочових скотарів, крім основного виду занять яких, існувала необхідність застосування політичного впливу та військової сили як спосіб вирішення питання панування. Вільний вибір та підтримка лідера – підстави для утворення політичного союзу між ватажками декількох племен. Ця підтримка нерідко супроводжувалася прийняттям присяги на вірність останніх лідеру, яка означала підтримку та зміцнення військових сил. Процедура прийняття присяги здійснювалася на з'їздах (або ж куртуляях (з'їздах знаті) ватажка з його оточенням та племінної знаті, і, цікавим фактом виступає те, що одноголосне обрання лідера (такий, що відзначився харизмою) з числа ватажків вважалося одноставною колективною присягою.

Наступна згадка про прийняття присяги підкріплюється документом, датованим початком III ст. до н.е., а саме «Присягою херсонеситів на вірність полісу та демократичному ладу Херсонеса з викладом ідеалів громадянського служіння демократичній державі», у якій закріплені клятвені слова, що відображають готовність бути вірним державі, захищати її та народ перед загрозами нападу ворогів, не порушувати демократичний лад та протидіяти будь-кому, що має наміри здійснити це: «Клянусь Зевсом, Геєю ... Я буду одностайним щодо порятунку і свободи громади і громадян і не зраджу Херсонес, Керкінітіду, Калос-Лімен, ані інші укріплення, і з решти хори (сільської округи), якою херсонесці керують чи керували, нічого нікого, ані елліну, ані варвару, і буду оберігати все це для херсонеського народу ... Я не порушу демократичного ладу і не дозволю цього зробити нікому, хто зраджує чи порушує закон...» [2, с. 59]. Згаданий документ має неоціненне значення для дослідження інституту

присяги, адже є на території України чи не найпершою спробою відобразити ідеали служіння громадянами демократичній державі.

Важливе значення також мають документальні свідчення про факти складання присяги особами, що здійснювали державну владу на певній території за наказом голови держави. Прикладом таких службових правовідносин, юридичним наслідком яких є складання присяги – Присяга, що склав луцький намісник Федір Данилевич на вірність королю Владиславу, датована травнем 1386 року. Зазначена Присяга відноситься до таких, що склалися не на вірність державі та народу, а на вірність голові держави, «в ім'я государя», який вважався Богом. Разом з тим, клятвені слова закріплювали готовність служити, слухатися та боятися «великого короля» та обов'язок повідомляти останнього про загрози, що можуть існувати в його оточенні: «Се язъ Федоръ Данильевичъ ... дала есва правду господареві нашему великому королю польскому. ... ; чинити ми исправно земляном, какъ Б(о)гу любо и осподареві моему великому королю, а слушати ми господаря своего великого корол(я) во всемъ, как ми повелить, и бояти м(и) ся его какъ Б(о)га. А што кол от кого оуслышу на господаря нашего, лихо или добро, того м(и) не оутайти господаря нашего великого короля...» [2, с. 99]. Дуже схожою є Присяга луцького намісника Олізара Шиловича, датована квітнем 1480, але має свої особливості, серед яких і згадка про невідворотну відповідальність за порушення Присяги, а саме покарання його Богом: «Я, панъ Олизар Шиловичъ, присегаю Богу и Пречистой Ег(о) Матери, и всимъ с(ве)тымъ, и королю его м(и)л(о)сти на томъ, иже ми его м(и)л(о)сти, г(о)с(по)д(а)ру королю, служити верно ... у. Если то здержу, Боже помози ми, а ес ли не здержу, побий ме Богъ въ души и въ теле» [2, с. 117-118]. Згодом з'являється вже законодавчо закріплена форма такої присяги, датована квітнем 1501 року, що закріплює не тільки урочисту обіцянку служити вірно, але і посадові обов'язки службовця: «... уряд старости виконуватиму та зберігатиму, і нікому іншому свій маєстат не передам ані не зречуся ... й інші обов'язки зі всієї моєї можливості й у небезпеках без оприлюднення в таємниці стерегтиму і зберігатиму ... королівський маєстат попередньо згадане життя забере, нікого із замку не зречусь» [2, с. 127].

Дещо інша процедура складання присяги монархові існувала у XVII ст. на території Речі Посполитої. Так, існують свідчення про існування такого документу як *Pacta conventa* (документ, що закріплював права та обов'язки монарха, який вступав на посаду), що був своєрідною угодою між шляхтою («народом політичним») та королем. Після прийняття королем *Pacta conventa* та присяги виконувати обов'язки закріплені в ньому, шляхта, у свою чергу, подавала документ, що закріплював обіцянки вірно служити володарю («елекційний диплом») [1, с. 98].

Неоціненну важливість має прийняття Конституції Пилипа Орлика для українського народу. Ця подія супроводжувалася складанням присяги гетьмана на вірність державі. Текст Присяги містить урочисту обіцянку вірно служити Батьківщині, зберігати та розширювати права та вольності Війська Запорозького: «о цѣлости публичной, о разширенью правъ и волностей войсковыхъ, старанье, сколько силъ, разума и способовъ станеть, мѣти, жадныхъ факций з посторонними панствами и народами и внутрь въ отчизнѣ на зруйнованье и якое же колвекъ оной зашкоженье, не строити, подсылки всякие, отчизнѣ, правамъ и вольностямъ войсковымъ» [2, с. 458]. Ще одним джерелом доби Козаччини, що закріплює складання присяги державним службовцем як юридичний факт, є Універсал гетьмана Кирила Розумовського сотнику роменському Івану Маркевичу на чин лубенського полкового обозного, та який доводить, що присяга є обов'язковою ознакою служби, без складання якої процедура не буде здійснена: «привест его от нашей Генеральной воисковой канцелярии в томъ чину в верной ея императорскому величеству службѣ к присягѣ предлагаемъ даби генералниє старшина, полковники, бунчуковие товарищи, а особливо полковникъ лубенский, полковая тамошня старшина, сотники того полку з сотенными старшинами и протчие чини, о таком нашемъ опредѣленіи вѣдая, признавали его, Івана Маркевича, настоящим обозним полковим лубенскимъ» [2, с. 563-564]. Або ж Присяга Парфена Радченка, складена під час вступу на посаду козелецького земського писаря, датована квітнем 1764 року: «служить и во

всемъ повиноватся, не щадя живота своего до послѣдней капли крови, и всѣ к высокому ея императорскагѣ величества самодержавству, силѣ и власти принадлежащія права и прерогативы (или преимущества) узаконенные и впредь узаконяемые, по крайнему разумѣнію, силѣ и возможности предостерегать и оборонять и при том по крайней мѣрѣ старатся споспѣшествовать все, что к ея императорскаго величества вѣрной службѣ и ползѣ государственной во всякихъ случаяхъ касатися можетъ» [2, с. 602]. Присяга закріплює клятву вірності голові держави та дотримання посадових обов'язків. Цей перелік документальних свідчень не є вичерпним

У період сьогодення присяга не втрачає свого значення, що набула упродовж століть. Роль її у службових правовідносинах є значною та неоціненною. Поява присяги як юридичного факту мала сакральне значення для тих осіб, що склали її, порушення мало значні наслідки, які змушували особу дотримуватися постулатів, зазначених у тексті. І досі присяга є фактом, який не тільки закріплює основні моральні ідеали, але і поряд з ними посадові обов'язки, в залежності від виду присяги. Інститут присяги є невід'ємним елементом службових правовідносин, який розвивається і змінюється разом із державою, але при цьому не втрачаючи свою значущість, а отже потребує подальшого дослідження його особливостей.

Література

1. Історія державної служби в Україні : у 5 т. / О.Г. Аркуша, О.В. Бойко, Є.І. Бородін та ін. ; відп. ред. Т.В. Мотренко, В.А. Смолій ; редкол.: С.В. Кульчицький (кер. авт. кол.) та ін. ; Голов. упр. держ. служби України, Ін-т історії НАН України. Т.1. К. : Ніка-Центр, 2009. 544 с.

2. Історія державної служби в Україні : у 5 т. / О.Г. Аркуша, О.В. Бойко, Є.І. Бородін та ін. ; відп. ред. Т.В. Мотренко, В.А. Смолій ; редкол.: С.В. Кульчицький (кер. авт. кол.) та ін. ; Голов. упр. держ. служби України, Ін-т історії НАН України. Т.3: Документи і матеріали V ст. до н.е. -1774 р.. К. : Ніка-Центр, 2009. 556с.

Понятійно-правове мислення у Давній Греції: Афіньський неоплатонізм

Кучеренко Д.С., консультант з юридичних питань

Громадська організація «Запорізький обласний центр культурного розвитку «Парнас»

У III-IV ст. ст. Афіни не відчують особливого впливу неоплатонізму, заснованого Плотіном (бл. 205-270). В останньому десятилітті IV ст. неоплатонічне вчення у Платонівську Академію приносить Плутарх Афіньський (350-бл. 432) та засновує Афіньську школу неоплатонізму (бл. 390-529), найвідомішими представниками якої є Дамаський, Марін Неаполітанський, Пріскіан Лідійський, Прокл, Сімплікій Кілікійський, Сіріан Олександрійський та ін.

Досягнуте скептицизмом повернення людської самосвідомості у себе, яка через відмову від усього об'єктивного доходить до чистої абстракції, приводить її до знання себе як абсолютної у мисленні. Абсолютна самосвідомість схоплює у собі відмінність і розробляє розуміння істини як певного умосяжного світу. Це відбувається переважно на підставі платонівських понять і за допомогою понять аристотелівської філософії. Г.В.Ф. Гегель так визначає вказаний процес: «Багатоманітні форми та образи цього знання складають предмет не історії філософії, а історії свідомості та освіти. Це основоначало виступає як загальне правове начало, згідно якого окрема людина у системі лише того факту, що вона існує, визнається істотою, яка у собі і для себе має цінність та користується визнанням усіх інших людей» [1, с. 12]. За свідченням Сіріана (кін. IV-437) протягом перших двох років учні разом із викладачами читають та обговорюють корпус творів Аристотеля (посвящання у «малі попередні таїнства»), далі, у порядку визначеному представником Сирійської школи неоплатонізму Ямвліхом (бл. 245-бл. 330), вивчають діалоги Платона (посвящання у «великі та істинні таїнства Платонового вчення»). Зазначена послідовність засвоєння наук являє

собою підіймання сходами філософського пізнання від практичного знання до знання теоретичного (метафізичного), вершину якого становить діалог Платона «Парменід», з яким співвідноситься філософія Платона у цілому.

Учень Сіріана Прокл (08.02.412-17.04.485) коментує твори попередників і продовжує неоплатонічну традицію тлумачення платонівського вчення, яке в його трактатах отримує назву *теології*. Він практикує строгий науковий метод коментування: розділяє коментований текст на уривки – *перікопи* (грец. *perikoré* – відділення, вирізання), надає йому загальне роз'яснення через обговорення поглядів попередників (момент *thebía*), застосовує майже послівне тлумачення (момент *lexis*). У коментарі до «Парменіда» Прокл встановлює, що оскільки діалектика займається точними і певними ідеями, вона насамперед виходить із безпосереднього споглядання чистих ідей: «Отже, якщо діалектичне знання відповідає вищій чистоті ума та розуму, воно, очевидно, спирається на чисті думки про умосяжне...» [2, с. 383]. Таким чином, справжня діалектика є діалектикою ідей, тобто безумовної істини. Прокл критикує Аристотеля за його розуміння діалектики як оперування епіхейремами (грец. *epikheirēma* – довід, від *epikheirēō* – спроба), під якими Стагіріт розуміє діалектичні умовиводи (силіогізми), що будуються із правдоподібних гадок. Діалектику неоплатоніки розуміють у дусі VII книги «Держави» Платона – як мистецтво підіймання до безпередумовного начала та як подальше його розкриття у всій множинності родів і видів дійсних предметів. Розділи діалектики як методу, що характеризується функціями визначання, розділяння та з'єднання, отримують у неоплатонізмі відповідні назви: *орістика* (грец. *e oristike* – мистецтво побудови визначень, від *órizo* – межувати, обмежувати; відмежовувати; давати визначення), *діаретика* (грец. *e diaíresis* – мистецтво класифікації, від *diairéō* – розщеплювати, розділяти, від *diá* – окремо та *airéō* – брати), *аналітика* (грец. *e analytike* – мистецтво аналізу, від *analysis* – розкладання, від *ana* – зворотній рух та *lysis* – розв'язання), *аподиктика* (грец. *e apodiktike* – мистецтво побудови доказів, від *apo* – від та *deiknynai* – пояснювати).

У трактаті «Першооснови теології» понятійна система Прокла представлена як вчення про діалектику єдиного та множинного, про розум, який являє собою обмежений самодостатній розвиток та універсальну ієрархію. Філософ завершує діалектичну розробку ідеї *єдності*. В основу вказаного дослідження він кладе вчення Сіріана про *умосяжну тріаду*, згідно з яким будь-яке буття, життя та мислення виникають з *Єдиного-блага* і ним підтримуються. *Єдине* із діалогу Платона «Парменід» та *благо* з його діалогу «Держава» Плотін оголошує одним і тим самим. Воно є вищим за все першоначалом, що все творить. Діалектика у Прокла виступає спекулятивною концепцією тріадійного понятійного розвитку, що має загальний та всеохоплюючий характер. Началом своєї системи він робить *єдине*, яке у саморозвитку не отримує необхідності поняття: «Так що ж це за перше умосяжне положення [поняття (грец. *poéma*) – Д. К.] науки, яка буде будуватися на основі ума та показувати саму себе? Яке [поняття – Д. К.] ще ми могли би назвати, як не найпростіше та не найочевидніше із тих, що у ній прийняті? Адже саме таке положення [поняття – Д. К.] переважно подібне тому способу споглядання, що властивий уму. Що ж це за положення? Парменід говорить: «Єдине, якщо воно є єдиним, не буде множинним». Насправді, множинне із необхідністю бере участь в єдиному, єдине ж в єдиному участі не бере, а саме є єдиним у собі» [3, с. 147]. Філософ, дотримуючись платонівської діалектики, показує, що оскільки на рівні буття *множинне* у собі не має причини, воно потребує *єдності*. Тому всі визначення, а особливо визначення *множинності*, розпадаються у собі та повертаються до *єдності*. С. С. Аверінцев зазначає: «Максимум «тотожності» і нульовий ступінь «іншості» – це Єдине, центральна тема платонізму та неоплатонізму, підготовлена елеатами. Дефінування і класифікування фіксують для кожної сутності її тотожність собі самій, через яку вона «причетна» Єдиному» [4, с. 14].

Згідно теорії пізнання Платона ми пізнаємо зовсім не зовнішні нашому мисленню змінювані предмети, а незмінювані ідеї речей, які за своєю сутністю споріднені мисленню. Відповідно до теорії формування понять Аристотеля загальні поняття утворюються із досвіду. Прокл розробляє вчення про те, як емпіричні дані узгоджуються з нашими поняттями про них. Згідно із цим вченням, ми пізнаємо речі тому, що переходу між сутністю

зовнішніх предметів і сутністю наших думок не існує. Предмети і наші думки є *логосами* (грец. *lógoi*). Принцип неможливості існування логосу поза річчю дає можливість речі існувати завдяки такій присутності у речі. Ми пізнаємо річ через упізнавання характерних властивостей, що входять в її визначення. Властивості, що містяться у речі та властивості речі, які ми пізнаємо, є тими самими властивостями і становлять *логос речі*. При цьому логос виступає посередником між змістом понять, що пізнаються та ідеями. Логос утворює надемпіричний рівень пізнання, на якому, одночасно із пізнанням речей, що сприймаються чуттєво, пізнаються також і поняття речей. Під істиною Прокл розуміє відповідність думки предмету мовлення та її відповідність ідеї цього предмету. Розумна частина душі мовця містить у собі *сутнісні логоси* (грец. *lógoi ousiōdeis*), що формують як самі речі, так і наші поняття про них. Завдяки їм відбувається наше пізнання. Таким чином, пізнання речі – це пізнання її сутнісного логосу. Також у душі мовця мають ся *доксастичні логоси* (грец. *lógoi doxastikos*), тобто поняття про предмети, що можуть бути дані людині тільки за допомогою сприйняття. За допомогою цих логосів ми пізнаємо речі, що дані нам у досвіді. Сутнісні та доксастичні логоси протиставляються Проклом природі. Під природою він розуміє множинність предметів, утворених завдяки наявності усередині них частини сутнісних логосів, що називаються *логосами природи* або *природними логосами* (грец. *lógoi physikoi*).

Про співвідношення доказів і визначень Прокл говорить: «Адже вони завжди будуються на основі визначень, що виступають причиною аподиктичних висновків, які передують останнім згідно своїй природі, оскільки ті не звернені лише до нас самих; визначення більш значимі, ніж те, що доводиться на їхній основі» [2, с. 376]. Філософ ставить питання про те, звідки беруться визначення і робить висновок, що вони походять від *душевних логосів*. Він стверджує, що ми виявляємо загальне для окремих речей завдяки початковому спогляданню певного внутрішнього ейдосу, а не його привида, зафіксованому у вказаних речах. Виходячи із цього, Прокл доходить висновку, що перед визначенням, яке дається загальному серед окремого, має йти більш загальне, що належить багатьом ейдосам і *сутнісним логосам*: «Наприклад, ...у будь-якій душі присутнім є справедливе-у-собі, отже, багато справедливих уявлень, які нам властиві, очевидно, мають щось загальне. Саме завдяки цій причині будь-яка душа, яка пізнала логос справедливості, що у ній міститься, знає і про те, що він є присутнім і в усіх інших душах. І якщо існує таке загальне, отже, власне його ми і визначаємо, говорячи, що саме воно собою являє; якраз із цього і бере початок будь-який доказ» [2, с. 376-377]. І далі продовжує: «Насправді, у доказах і визначеннях одиничне набуває досконалості в якості цілого унаслідок того, що воно підпадає під загальне (*ὅλον τὸν καθόλου*) та його описує певне визначення: натомість визначення, що належать загальному в окремому (*τὸν ἐν τοῖς καθέκαστα*), не охоплюють загальне як ціле» [2, с. 377].

Література

1. Гегель. Г. В. Ф. Сочинения: в 14 т.; пер. с нем. Б. Г. Столпнер. Москва; Ленинград: Партийное издательство, 1935. Т. 11, Кн. 3. Лекции по истории философии. 527 с.
2. Прокл. Комментарий к «Пармениду» Платона / пер. с древнегреч., статья, примеч., указатели, список литературы Л. Ю. Лукомского. СПб.: Мирь. 2006. 896 с.
3. Прокл. Платоновская теология / пер. с древнегреч., сост., статья, примечания, указатели, словарь Л. Ю. Лукомского. СПб.: РХГИ; «Летний сад», 2001. 624 с.
4. Аверинцев С. С. Образ античности. СПб.: Азбука-классика, 2004. 480 с.

Актуальні питання відшкодування витрат на правничу допомогу у господарському процесі

*Кучерук Н.С., провідний науковий співробітник, адвокат
Національна школа суддів України*

Однією з основних засад господарського судочинства є відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення, що узгоджується з рекомендаціями

Ради Європи. Однак попри наявність вказаного принципу та визначення порядку його застосування у ГПК України, на практиці виникає чимало питань при здійсненні такої компенсації. Крім того, на сьогодні питання щодо витрат на правничу допомогу є предметом значної кількості наукових праць. Зокрема, проблеми, пов'язані з зазначеним процесуальним інститутом розглядалися в роботах таких вчених та практиків як О.Б. Гнатів [13], С.М. Гушилик [14], В.В. Заборовський [15], О.Ф. Свірін [16], С.Е. Устюшенко [17] тощо. Водночас переважна більшість праць присвячена окремим питанням цих витрат в цивільному судочинстві, у зв'язку з чим малодослідженими залишаються проблеми їх правового регулювання та практичного застосування у господарському процесі.

Порядок розподілу судових витрат визначений ст. 129 ГПК України, відповідно до якої судові витрати, пов'язані з розглядом справи, покладаються: у разі задоволення позову - на відповідача; у разі відмови в позові - на позивача; у разі часткового задоволення позову - на обидві сторони пропорційно розміру задоволених позовних вимог [1]. Наведені положення кореспондуються з Рекомендацією № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи одо заходів, що полегшують доступ до правосуддя від 14 травня 1981 року, за якими за винятком особливих обставин сторона, яка виграла справу, в принципі має одержувати від сторони, яка програла справу, відшкодування видатків і витрат, включаючи гонорари адвокатам, котрі вона небезпідставно понесла в зв'язку із провадженням [8].

Водночас законодавець визначив випадки, які дозволяють відступати від вказаного правового підходу (відшкодування судових витрат стороні, на користь якої ухвалено рішення). Одним з них є неподання учасником справи разом з першою заявою по суті спору орієнтовного попереднього розрахунку судових витрат, які вона понесла і які очікує понести у зв'язку із розглядом справи. Неподання такого розрахунку може бути підставою для залишення позовної заяви без руху та відмови у відшкодуванні судових витрат (за винятком судового збору) особі, на користь якої прийнято рішення. Так, законодавець наділяє суди повноваженнями відмовляти у відшкодуванні судових витрат (за винятком судового збору) особі, що виграла справу, якщо заявлена до відшкодування сума істотно перевищує заявлену в попередньому (орієнтовному) розрахунку суму і сторона не доведе, що не могла передбачити такі витрати на час подання розрахунку. Також суди можуть відмовляти у відшкодуванні судових витрат якщо заявлена до відшкодування сума таких витрат є неспівмірно нижчою від суми, заявленої в попередньому розрахунку і сторона не доведе поважних причин її зменшення.

На нашу думку, відмова у відшкодуванні понесених стороною судових витрат лише з тієї підстави, що особа, яка виграла справу, не подала попередній розрахунок судових витрат разом з першою заявою по суті або не змогла передбачити у ньому реальної суми понесених витрат є недопустимою. Більше того, можливість відмови у відшкодуванні судових витрат з зазначених підстав не узгоджується з стандартами та рекомендаціями Ради Європи, які пов'язують таке відшкодування з доведеністю факту понесення цих витрат, їх необхідністю та розумністю за розміром, а не поданням/неподанням орієнтовних розрахунків. Так, у рішенні у справі «East/West Alliance Limited» проти України» Європейський суд з прав людини наголосив, що заявник має право на компенсацію витрат лише в тій мірі, в якій було доведено, що вони були фактично понесені, були необхідними і розумними за розміром [7]. Водночас у рішеннях у справі "Баришевський проти України" [5], у справі "Меріт проти України" [6] Європейський суд з прав людини зазначив, що заявник має право на відшкодування судових та інших витрат лише у разі, якщо доведено, що такі витрати були фактичними, а їх розмір обґрунтованим.

Поряд з цим, законодавець встановлює інші вимоги для відшкодування витрат на правничу допомогу. Так, для їх відшкодування такі витрати повинні бути, зокрема, фактично понесені та співмірними із: складністю справи та виконаних адвокатом робіт (наданих послуг); часом, витраченим адвокатом на виконання відповідних робіт (надання послуг); обсягом наданих адвокатом послуг та виконаних робіт; ціною позову та (або) значенням

справи для сторони, в тому числі впливом вирішення справи на репутацію сторони або публічним інтересом до справи (ст. 126 ГПК України) [1].

На перший погляд, законодавство передбачає досить чіткі критерії для визначення розміру витрат на оплату послуг адвоката. Однак детальний аналіз таких положень дає підстави для висновку, що процесуальний закон використовує низку оціночних понять («складність справи», «складність виконаних робіт», «значення справи для заявника» тощо). При цьому змісту вказаних понять та/або критеріїв, які б дозволяли визначити складність виконаних робіт та справи тощо законодавець не визначає. Крім того, очевидно, що кожна справа має значення для заявника, в іншому випадку він не звертався б до суду та не сплачував судовий збір.

Одним з важливих питань при відшкодуванні витрат на правничу допомогу є визначення послуг, що можуть входити до таких витрат. За змістом ст. 126 ГПК України вказані витрати можуть включати гонорар адвоката за представництво в суді та іншу професійну правничу допомогу, пов'язану зі справою, включаючи підготовку до її розгляду, збір доказів тощо, а також вартість послуг помічника адвоката [1]. Законодавче формулювання "іншу професійну правничу допомогу, пов'язану зі справою" свідчить про те, що передбачений ГПК України перелік таких послуг не є вичерпним.

У рішенні від 30 вересня 2009 року №23рп/2009 Конституційний Суд України зазначив, що правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах тощо [4].

З аналізу ст. 126 ГПК України [1] та постанови Верховного Суду від 10 грудня 2020 року у справі № 910/10074/19 також вбачається правомірним включення до витрат на правову (правничу) допомогу такої послуги як підготовка до судового засідання [10].

Окрім того, до складу витрат на правничу допомогу входять час очікування судового засідання та час на дорогу до судового засідання та у зворотному напрямку. Так, у постанові від 25 травня 2021 у справі № 910/7586/19 Верховний Суд зазначив, що "участь у судовому засіданні являє собою не формальну присутність на ньому, а підготовку адвоката до цього засідання, витрачений час на дорогу до судового засідання та у зворотному напрямку, його очікування та безпосередня участь у судовому засіданні. Такі стадії представництва інтересів у суді, як прибуття на судові засідання та очікування цього засідання є невідворотними та не залежать від волі чи бажання адвоката. При цьому паралельно, вчиняти якісь інші дії на шляху до суду чи під залом судового засідання адвокат не може та витрачає на це свій робочий час. З огляду на що колегія суддів вважає, що такі стадії, як прибуття до суду чи іншої установ та очікування є складовими правничої допомоги, які в комплексі з іншими видами правничої допомоги сприяють забезпеченню захисту прав та інтересів клієнта. З урахуванням наведеного час, який адвокат витрачає на дорогу для участі у судовому засіданні, є складовою правничої допомоги і підлягає компенсації нарівні з іншими витратами" [11].

Не можна залишити поза увагою і питання щодо граничного розміру правничої допомоги. На сьогодні розмір гонорару адвокатів нормативно регулюється лише у випадках надання вказаної допомоги за рахунок держави. До них застосовується постанова Кабінету Міністрів України від 27 квітня 2006 року № 590 «Про граничні розміри компенсації витрат, пов'язаних з розглядом цивільних, адміністративних та господарських справ, і порядок їх компенсації за рахунок держави» [3].

В інших випадках надання правничої допомоги розмір гонорару адвоката встановлюється за домовленістю сторін у договорі. Закон України від 20 грудня 2011 № 4191-VI, який встановлював граничний розмір компенсації витрат на правничу допомогу у цивільних та адміністративних справах за рахунок коштів сторони втратив чинність на підставі Закону від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII [2]. На даний час закон не встановлює верхньої межі такого гонорару, а лише наголошує на необхідності врахування при його

визначенні таких критеріїв як складність справи, кваліфікація і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта, розумність, витрачений адвокатом час та інші істотні обставини.

Важливим також є визначення документів на підтвердження понесення таких витрат та строки їх подання. Відповідно до ч. 3 ст. 126 ГПК України для визначення розміру витрат на професійну правничу допомогу з метою розподілу судових витрат учасник справи подає детальний опис робіт (наданих послуг), виконаних адвокатом, та здійснених ним витрат, необхідних для надання правничої допомоги [1]. Такими документами можуть бути договір, акти, рахунки тощо. При цьому інформація, яка міститься в акті приймання правничої допомоги, зокрема перелік наданих послуг та фіксований розмір гонорару, не може вважатись тим розрахунком (детальним описом робіт (наданих послуг), виконаних адвокатом, та здійснених ним витрат часу по кожному із видів робіт, необхідних для надання правничої допомоги), подання якого є необхідною умовою для стягнення витрат на професійну правничу допомогу [9].

Натомість відсутність документального підтвердження витрат на правову допомогу, а також розрахунку таких витрат, є підставою для відмови у задоволенні вимог про відшкодування таких витрат, на чому наголошує Верховний Суд у постанові від 11 серпня 2021 у справі № 903/779/19 [12].

Цікавим є те, що докази на підтвердження понесення таких витрат можна подати або до закінчення судових дебатів або протягом п'яти днів після ухвалення рішення за умови, що до закінчення судових дебатів у справі сторона зробила про це відповідну заяву. Наведене надає учасникам справи додаткові «часові» можливості для відшкодування витрат на правничу допомогу. Водночас такого строку не завжди достатньо для підготовки «підтверджуючих» документів.

Підсумовуючи наведене, можна дійти висновку, що законодавче регулювання питання відшкодування витрат на правничу допомогу у господарському процесі не є досконалим та потребує змін. Зокрема, доцільно виключити норму щодо подання попереднього (орієнтовного) розрахунку судових витрат або змінити підходи до його правового регулювання, удосконалити законодавство щодо визначення критеріїв для компенсації витрат на правничу допомогу та виключити з нього оціночні поняття.

Література

1. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII (у редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII). Верховна Рада України. Законодавство України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>.

2. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#Text>.

3. Про граничні розміри компенсації витрат, пов'язаних з розглядом цивільних, адміністративних та господарських справ, і порядок їх компенсації за рахунок держави: постанова Кабінету Міністрів України від 27.04.2006 № 590. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/590-2006-%D0%BF#Text>.

4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30.09.2009 у справі № 1-23/2009. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09#Text>.

5. Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Барішевський проти України" від 26.02.2015. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a57/print.

6. Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Меріт проти України" від 30.03.2004. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_110.

7. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «East/West Alliance Limited» проти України» від 23.01.2014. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_994.

8. Рекомендація № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя від 14.05.1981. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_133.

9. Постанова Верховного суду від 23.11.2020 у справі № 638/7748/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93053487>

10. Постанова Верховного суду ввід 10.12.2020 у справі № 910/10074/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93466453>.

11. Постанова Верховного суду від 25.05.2021 у справі № 910/7586/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97218330>.

12. Постанова Верховного суду від 11.08.2021 у справі № 903/779/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98971174>

13. Гнатів О. Практика фактичного відшкодування витрат на правничу допомогу з реальними у цивільному процесі. *Актуальні проблеми правознавства*. 2019. Вип. 4. С. 164-166.

14. Гушилик С.М. Актуальні питання відшкодування витрат на професійну правничу допомогу в господарському судочинстві. *Судова апеляція*. 2019. № 3 (56). С. 59-66.

15. Заборовський В.В. Деякі проблемні питання визначення розміру витрат на професійну правничу допомогу. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія право*. 2020. Вип. 62. С. 325-331.

16. Свірін О.Ф. Застосування у господарському та цивільному судочинстві принципу відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 3. С. 93-97. URL : http://lsej.org.ua/3_2018/28.pdf

17. Устюшенко С. Витрати на професійну правничу допомогу в цивільному судочинстві. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 9. С. 27-31.

Основні пріоритети державної політики у сфері інклюзивної дошкільної освіти

*Лис О.Г., народний депутат
Верховна Рада України*

Визнання державою цінності соціальної та освітньої інтеграції дітей з особливими освітніми потребами та осіб з інвалідністю, поступова відмова від уявлень про ізольованість їх у навчанні визначили зміни, що відбуваються в сучасному соціально-культурному середовищі. Наразі на порядку денному стоїть переосмислення суспільством ставлення до дітей з особливими освітніми потребами, що потребує перегляду й уточнення нормативно-правового забезпечення та організації всієї вітчизняної системи освіти. Окрім того, визначення та створення дієвої системи комплексної адміністративної допомоги, створення державою спеціальних умов навчання і виховання дітей з особливими освітніми потребами є пріоритетним напрямом сучасної вітчизняної освіти.

Освіта, як потужний каталізатор розвитку кожної особистості, займає одну з найвищих позицій у житті людини. Становлення освіти як державного інституту спричиняє активну участь органів публічного адміністрування в процесі формування, узгодження, реалізації та моніторингу створеної політики [1]. На думку А. А. Колупаєвої, принципово важливою є продумана державна політика, яка має ґрунтуватися на оптимізації процесу інтегрування дітей з особливими освітніми потребами в загальноосвітній простір та враховувати науково-методичні підходи впровадження інклюзивної освіти. На першому місці, на переконання авторки, стоїть саме розробка відповідної нормативно-правової бази, що закріплює правові засади здобуття освіти в різних формах особами з порушеннями психофізичного розвитку [2, с. 44].

Дотримання принципу інклюзивності в організації вітчизняної освіти відповідає провідним світовим трендам. Так, відомий дослідник Дж. Вільямс зазначає, що «в освітніх установах потрібно формувати інклюзивну культуру, коли кожній дитині допомагають почуватися добре, співробітники взаємодіють між собою, а школа працює над мінімізацією будь-яких форм дискримінації в такому мікрокліматі». Автор наголошує на важливості продюсування інклюзивної політики, коли навчальний заклад намагається зробити всі свої будівлі та приміщення зручними для осіб з інвалідністю, справедливо розподіляючи ресурси і ліквідовуючи будь-які бар'єри для відвідування. Більше того, інклюзивна практика «вчить» дітей допомагати один одному, а отже, вона корисна для всіх, не тільки для дітей з особливими потребами [3]. Загалом же дошкільна освіта – це, за словами міністра освіти і науки України Сергія Шкарлета, «стартова платформа особистісного розвитку дитини», це невід'ємний складник системи освіти, її перший рівень [4]. Тому дуже важливо вже на цьому етапі закладати правильні життєві орієнтири.

Зазначимо, що зміни вітчизняної освітньої системи відповідно до Підвищення вимог до Концепції Нової української школи [5, с. 416] стосуються не лише шкільної ланки навчання, оскільки для вступу до початкової школи дитина повинна бути вже підготовлена, відповідно до особливостей освітнього процесу на першій сходинці загальної середньої освіти. Так, 12 січня 2021 року було затверджено Державний стандарт дошкільної освіти в Україні (або т. зв. Базовий компонент дошкільної освіти). За словами міністра Шкарлета, цей стандарт «забезпечить підвищення якості дошкільної освіти в Україні та приведення її до відповідності міжнародним стандартам. В основу документа покладено ідеї гуманістичної педагогіки, патріотичного та громадянського виховання та солідарної відповідальності держави, громади, родини, фахівців педагогічної освіти й інших професій, причетних до піклування, догляду та розвитку дітей дошкільного віку» [4].

Базовий компонент дошкільної освіти містить норми й положення, які визначають державні вимоги до обов'язкових компетентностей дітей, котрі здобувають дошкільну освіту. Виконання вимог цього Держстандарту стосовно дітей з особливими освітніми потребами забезпечується з урахуванням їхніх задатків, нахилів, здібностей, індивідуальних психічних і фізичних можливостей та в тій формі, яка для кожної дитини є найбільш оптимальною [6]. Цей стандарт, так би мовити, узаконює процес освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю у дошкільних закладах освіти, які не є корекційними [7].

Одним із завдань Державного стандарту дошкільної освіти в Україні є забезпечення рівних можливостей для повноцінного розвитку кожної дитини в період дошкільного дитинства, незалежно від місця проживання, статі, нації, мови, соціального статусу, психофізіологічних та інших особливостей (зокрема й особливих освітніх потреб). Використання наведених критеріїв успішності реалізації інклюзивної практики дає підстави для висновку, що інклюзивна освіта в Україні має інноваційний характер. Цей інноваційний процес сприяє навчанню і вихованню дітей з різними стартовими можливостями на різних щаблях освітньої вертикалі.

Успішність реалізації вищезначеної моделі доводить, що розвиток інклюзивної освіти в Україні характеризується не створенням нової системи, а якісною і планомірною зміною наявної системи дошкільної освіти загалом. При цьому реалізація цієї моделі в майбутньому уможливить підвищити ефективність діяльності закладу дошкільної освіти із включення дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю в освітнє середовище. Саме тому інклюзивна освітня практика в закладі дошкільної освіти неможлива без включення фахівців в експериментальну і дослідницьку роботу, спрямовану на: вивчення механізмів запуску інклюзивної освіти та супроводу інклюзії на всіх її етапах, аналіз та систематизацію позитивного й негативного досвіду, а також розробку умов оптимізації діяльності дошкільного закладу освіти.

У цьому аспекті важливо зазначити, що курс України на європейську інтеграцію вимагає перегляду пріоритетів державної політики у сфері освіти, зокрема впровадження

міжнародних підходів до навчання дітей з особливими освітніми потребами, які ґрунтувались би на засадах рівних можливостей та доступу до якісної освіти. Виконання цих завдань безпосередньо залежить від ефективності діяльності інклюзивно-ресурсних центрів, зокрема від їх спроможності вирішити такі завдання: здійснити комплексну психолого-педагогічну оцінку розвитку дитини; встановити наявність у дитини особливих освітніх потреб; розробити рекомендації щодо організації інклюзивного навчання; забезпечити надання психолого-педагогічної допомоги дитині; надати методологічну допомогу педагогічним працівникам та батькам дітей; забезпечити системний кваліфікований супровід дітей [8, с. 117].

Сучасна система освіти дедалі більше концентрує в собі функції соціалізації особистості, зокрема осіб з інвалідністю та особливими освітніми потребами. Сьогодні гостро відчувається потреба в тому, щоб допомогти людям з інвалідністю повноцінно включитися в життя суспільства, що передбачає реалізацію права на освіту і створення спеціалізованих освітніх структур, технологій навчання.

Розширення доступності дошкільної освіти для дітей з інвалідністю (передусім інклюзивної освіти), їх інтеграція в соціальне та освітнє середовище ускладнюються низкою проблем, що мають різний масштаб і характер. Як показав аналіз низки бар'єрів, особливо важливою порад з розв'язанням проблем, що перешкоджають створенню доступного середовища для життєдіяльності молоді з інвалідністю, є реалізація заходів щодо зміни суспільної свідомості, виховання у громадян толерантного ставлення до осіб з інвалідністю, розуміння їхніх проблем і потреб. Також значущою у розв'язанні проблем забезпечення освітньої доступності є мінімізація зазначених труднощів, бар'єрів та обмежень.

Варто зазначити, що для усунення бар'єрів соціального й освітнього середовища потрібно створити відповідні умови. При цьому, зміст освітньої доступності полягає у створенні державою максимально комфортних і сприятливих умов для їх функціонування і розвитку, при яких особа з інвалідністю могла б реалізувати своє право на освіту з урахуванням здібностей та інтересів, у вільному виборі типу навчального закладу, напряму підготовки і спеціальності, профілю навчання. Основою доступності дошкільної освіти є наявність нормативно-законодавчої платформи, безбар'єрна соціальна інфраструктура й освітнє середовище загалом.

Література

1. Ажажа М. А. Державна політика України щодо інклюзивної освіти в умовах професійної підготовки молоді. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2019. № 2. URL: <http://www.dy.nauka.com.ua/?op=1&z=1393> (дата звернення: 05.07.2021).
2. Основи інклюзивної освіти: навч.-метод. посіб. / за заг. ред. А. А. Колупаєвої. Київ: «А.С.К.», 2012. 308 с.
3. Williams J. R. A. Experience of Inclusive Education in European Countries. Bristol: Centre for Studies in Inclusive Education, 2010. URL: http://www.academia.edu/9631350/Experience_of_Inclusive_Education_in_European_Countries (viewed on 05.07.2021).
4. Базовий компонент дошкільної освіти в Україні (Державний стандарт дошкільної освіти в Україні), затвердж. 12.01.2021. Міністерство освіти і науки України: вебсайт. URL: <https://mon.gov.ua/ua/osvita/doshkilna-osvita/bazovij-komponent-doshkilnoyi-osviti-v-ukrayini> (дата звернення: 05.07.2021).
5. Саліш О. В. Розвиток емоційного інтелекту як фактор соціалізації дошкільників. Формування ціннісно-змістовної сфери дітей дошкільного та молодшого шкільного віку: матер. обл. наук.-практ. конф., 28 берез. 2018 р. Дніпро, 2018. С. 416–420.
6. Про дошкільну освіту: Закон України від 11.07.2001 № 2628-III. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2628-14#Text>
7. Наказ МОН Про затвердження Базового компонента дошкільної освіти (Державного стандарту дошкільної освіти): Наказ Міністерства освіти і науки України від

12.01.2021. Міністерство освіти і науки України: вебсайт. URL: https://mon.gov.ua/storage/app/media/rizne/2021/12.01/Pro_novu_redaktsiyu%20Bazovoho%20komponenta%20doshkilnoyi%20osvity.pdf

8. Організаційно-методичні засади діяльності інклюзивно-ресурсних центрів: навч.-метод. посіб. / за заг. ред. М. А. Порошенко та ін. Київ, 2018. 252 с.

Підстави для визнання висновку експерта недопустимим доказом

Мороз А.С., судовий експерт

*Полтавський науково-дослідний експертно-криміналістичний центр
Міністерства внутрішніх справ України*

Призначення експертизи є однією з основних формою використання спеціальних знань і науково-технічних досягнень під час розслідування злочинів.

Відповідно до ч. 2 ст. 84 Кримінального процесуального кодексу України (далі за текстом КПК України) одним із процесуальних джерел доказів є висновки експертів [1]. В частині 1 статті 101 КПК України зазначене наступне визначення поняття висновку експерта: «Висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатами висновки, обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи» [1].

Важливо звернути увагу на те, що відповідно до ст. 84 КПК України висновок експерта не є доказом, а є лише процесуальним джерелом доказів, а доказами є фактичні дані, отримані у передбаченому КПК України порядку, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню [1].

Кожен доказ оцінюється з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з урахуванням достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення (ч. 1 ст. 94 КПК України) [1]. Отже, висновок експерта, як джерело доказів, підлягає оцінці суб'єктів кримінального процесу. Оцінка висновку експерта здійснюється суб'єктами кримінального процесу за загальними правилами, встановленими ст. 94 КПК України, з урахуванням специфіки даного джерела доказів, зумовленої його правовою природою, особливостями його змісту та процесуальної форми [1].

До висновку експерта, як джерела доказу, ставиться ряд процесуальних вимог, їх порушення і є підставою для визнання висновку експерта недопустимим доказом в кримінальному провадженні.

У частині 1 ст. 87 КПК України закріплено поняття недопустимості доказів, згідно з визначенням якого головною підставою визнання доказів недопустимими є істотне порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, одержані завдяки інформації, отриманій унаслідок істотного порушення прав і свобод людини [1]. Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ч. 2 ст. 86 КПК України)[1].

Актуальність теми обумовлена особливістю процесуального статусу висновку експерта, як джерела доказів.

Метою статті є визначення можливих підстав визнання висновку експерта недопустимим доказом в законодавстві України, аналіз оцінки допустимості доказів, процесуальним джерелом яких є висновки експерта, судової практики визнання висновків експерта неприпустимим доказом та позиції Верховного суду України стосовно зазначеного питання.

Дослідженню поняття висновку експерта та його використання в ході доказування у кримінальній справі присвятили такі вчені, як С.А. Альперт, В.Д. Арсеньєв, А.М. Ларін,

В.Т. Нор, Н.В. Сибільова, М.С. Строгович, Ф.Н. Фаткуллін, М.Є. Шумило, М.Г. Щербакоський та інші.

Проведення судових експертиз під час розслідування злочинів регламентуються: Законом України «Про судову експертизу» [2], Кримінально-процесуальним кодексом України (ст.ст. 75 – 77, 196 – 205, 310 – 312) [1], Постановою Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» [3], Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз Мін'юсту України [4], Інструкцією про проведення судово-медичної експертизи МОЗ України [5] та ін.

Оцінка висновку експерта – це розумова діяльність, яка здійснюється для встановлення допустимості та належності його як докази, а також достовірності і доказового значення фактів і обставин, для встановлення яких призначено експертизу [6, с. 209]. Способом оцінки висновку експерта є інтелектуальна діяльність суб'єктів кримінального процесу з використанням логічних методів аналізу, синтезу, індукції, дедукції. В ході оцінки висновку зіставляється з іншими доказами у справі, визначається ступінь повноти проведеного дослідження, наукової обґрунтованості висновків, перевіряються процесуальні вимоги призначення і проведення експертизи, достовірність отриманих експертом результатів. Згідно загально визнаної концепції, висновок експерта як доказ являє собою єдність фактичних даних (висновку експерта) і форми їх вираження (висновок як процесуальний акт) [6, с. 209].

З точки зору оцінки висновку експерта, як процесуального джерела доказів, він повинен відповідати критеріям оцінки доказів зазначеним в КПК України:

– належність, яка полягає в зв'язку між відображеними у висновку фактичними даними й обставинами, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та підлягають встановленню з урахуванням кола запитань, поставлених перед експертом, і проведенням експертизи на основі наданих експерту речових доказів та матеріалів кримінального провадження, що стосуються предмета дослідження;

– допустимість, полягає в відповідності висновку експерта закріпленим нормами КПК України вимогам щодо отримання висновку експерта належним суб'єктом, з належного джерела та з додержанням визначеного законом порядку його отримання і т.п.;

– достовірність, полягає в відповідності проведеного дослідження та зробленого на його основі висновку, що не має суперечити встановленим фактам та обставинам, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні;

– достатність, полягає в повноті та всесторонності висновку експерта.

Законом України «Про судову експертизу» передбачені гарантії незалежності судового експерта та правильності його висновку:

- визначеним законом порядком призначення судового експерта;
- заборонаю під загрозою передбаченої законом відповідальності втручатися будь-кому в проведення судової експертизи;
- існуванням установ судових експертиз, незалежних від органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування та суду;
- створенням необхідних умов для діяльності судового експерта, його матеріальним і соціальним забезпеченням;
- кримінальною відповідальністю судового експерта за дачу свідомо неправдивого висновку та відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків;
- можливістю призначення повторної судової експертизи;
- присутністю учасників процесу в передбачених законом випадках під час проведення судової експертизи [2].

Зазначені гарантії мають на меті не тільки забезпечення належних умов для проведення експертизи, захист судового експерта від стороннього впливу та втручання в проведення судової експертизи, а й забезпечити його усвідомлення особистої юридичної

відповідальності за неналежне виконання обов'язків судового експерта передбачених законодавством України.

Законодавець зазначає в ч.10 ст.101 КПК України, що висновок експерта не є обов'язковим для особи або органу, яка здійснює провадження, проте незгода з висновком експерта повинна бути вмотивована у відповідних постанові, ухвалі, вирокі [1]. Тобто, повинні бути надані пояснення не взяття до уваги висновку експерта, зазначені докази, які свідчать про не достовірність або не обґрунтованість висновку експерта.

В постанові пленуму Верховного суду України «Про судову експертизу в кримінальних та цивільних справах» №8 від 30.05.1997 зазначено, що при перевірці й оцінці експертного висновку суд повинен з'ясувати:

- чи було додержано вимоги законодавства при призначенні та проведенні експертизи;
- чи не було обставин, які виключали участь експерта у справі;
- компетентність експерта і чи не вийшов він за межі своїх повноважень;
- достатність поданих експертові об'єктів дослідження;
- повноту відповідей на порушені питання та їх відповідність іншим фактичним даним;
- узгодженість між дослідницькою частиною та підсумковим висновком експертизи;
- обґрунтованість експертного висновку та його узгодженість з іншими матеріалами справи [3].

Для того щоб визначити основні причини визнання висновку експерта недопустимим доказом, спочатку розглянемо вимоги до достовірності висновку експерта та до особи судового експерта.

До проведення судових експертиз, можуть залучатися судові експерти, які мають необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань, мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку, атестовані та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності у порядку, передбаченому ЗУ «Про судову експертизу», а також внесені до Державного Реєстру атестованих судових експертів. Не може залучатися до проведення судової експертизи та виконання обов'язків судового експерта особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною, а також та, яка має не зняту або не погашену судимість, або на яку протягом останнього року накладалося адміністративне стягнення за вчинення правопорушення, пов'язаного з корупцією або дисциплінарне стягнення у вигляді позбавлення кваліфікації судового експерта [2]. Тобто, встановлення факту не відповідності судового експерта одній з зазначених вимог до її особи, може бути підставою для визнання висновку експерта недопустимим доказом.

Обов'язки судового експерта в кримінальному провадженні регламентовані ст. 12 ЗУ «Про судову експертизу» та ст. 69 КПК України. Серед обов'язків деякі дублюються, а деякі більш конкретизуються.

Відповідно до ст. 12 ЗУ «Про судову експертизу», незалежно від виду судочинства та підстави проведення експертизи, судовий експерт зобов'язаний:

- 1) провести повне дослідження і дати обґрунтований та об'єктивний письмовий висновок;
- 2) на вимогу особи або органу, які залучили експерта, судді, суду дати роз'яснення щодо даного ним висновку;
- 3) заявляти самовідвід за наявності передбачених законодавством підстав, які виключають його участь у справі.

Слід зауважити, що в ст. 10 ЗУ «Про судову експертизу» міститься пряма заборона судовому експерту використовувати свої повноваження з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки та пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб [2].

Відповідно до ч. 5 та ч.6 ст. 69 КПК України, експерт зобов'язаний:

- 1) особисто провести повне дослідження і дати обґрунтований та об'єктивний письмовий висновок на поставлені йому запитання, а в разі необхідності – роз'яснити його;
- 2) прибути до суду і дати відповіді на запитання під час допиту;
- 3) забезпечити збереження об'єкта експертизи. Якщо дослідження пов'язане з повним або частковим знищенням об'єкта експертизи або зміною його властивостей, експерт повинен одержати на це дозвіл від особи, яка залучила експерта;
- 4) не розголошувати без дозволу сторони кримінального провадження, яка його залучила, чи суду відомості, що стали йому відомі у зв'язку з виконанням обов'язків, або не повідомляти будь-кому, крім особи, яка його залучила, чи суду про хід проведення експертизи та її результати;
- 5) заявити самовідвід за наявності обставин, передбачених КПК України;
- 6) невідкладно повинен повідомити особу, яка його залучила, чи суд, що доручив проведення експертизи, про неможливість проведення експертизи через відсутність у нього необхідних знань або без залучення інших експертів[1].

Ст. 77 КПК України визначає підстави за яких експерт підлягає відводу і в разі його відводу після проведення дослідження та якщо виникає сумнів в істинності його висновку, він має визнаватися недопустимим доказом [1].

Аналізуючи наведені вище обов'язки та можливі підстави для відводу експерта, бачимо що законодавець в КПК України більш розширено зазначив обов'язки судового експерта під час проведення експертизи. Також, в обох нормативних актах, визначений обов'язок судового експерта провести повне дослідження, дати обґрунтований та об'єктивний письмовий висновок, проте в КПК України є уточнення – про особисте проведення дослідження.

Встановлення факту не виконання або неналежного виконання експертом своїх обов'язків є підставою для визнання висновку експерта неналежним доказом, а в подальшому і можливості настання кримінальної та дисциплінарної відповідальності.

Стаття 384 КК України встановлює кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок експерта, тобто прямий умисел експерта на введення в оману інших осіб. Неправдивим є висновок експерта, в якому неправильно викладені або перекручені факти чи зроблена завідомо неправильна їх оцінка [1].

Відповідно до п. 4 глави 6 та п. 1 глави 8 Положення про Експертно-кваліфікаційну комісію МВС та порядок проведення атестації судових експертів Експертної служби МВС затвердженого наказом МВС України від 21.09.2020 № 675, вмотивоване звернення судді (суду), керівника органу досудового розслідування, адвоката або учасника справи (сторони кримінального провадження) про можливі порушення судовим експертом вимог нормативно-правових актів, які регламентують судово-експертну діяльність, та (або) методик проведення судових експертиз і експертних (сертифікаційних) досліджень є підставою проведення службової перевірки.

Основними способами перевірки та роз'яснення висновку експерта шляхом отримання нових доказів як під час досудового розслідування, так і в ході судового розгляду виступають допит експерта, проведення додаткової та повторної експертизи [7].

В разі якщо достовірність або повнота висновку експерта викликає сумніви, з метою перевірки або доповнення висновку експерта, можливе призначення додаткової або повторної експертизи, також експерт зобов'язаний роз'яснити свій висновок на вимогу суду, особи або органу, які залучили експерта.

Для розуміння деяких правових позицій Верховного Суду України про недопустимість висновків експерта, слід зупинитися на наступних рішеннях касаційної інстанції. Виходячи з огляду судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду України щодо визнання доказів недопустимими (рішення, внесені до ЄДРСР за період з 2018 року по червень 2021 року) підставами визнання висновків експертів недопустимими доказами є:

– якщо предметом дослідження експертизи були об'єкти, одержані в непроцесуальній спосіб або з грубим порушенням кримінального процесуального законодавства (постанова ВСУ від 30.10.2018 у справі № 755/31376/14-к (провадження № 51-6665км18), доказів отриманих внаслідок істотного порушення прав і свобод людини (постанова Верховного Суду від 26.04.2018 року у справі № 135/1530/16-к (провадження № 51-447км17);

– втрата чинності свідоцтва на право проведення експертом експертних досліджень і непродуктивності його дії зумовлює недопустимість висновку експертизи як доказу [8].

Також, з огляду на зазначену вище судову практику не є підставою для визнання висновку експерта недопустимим доказом:

– відсутність понять під час відбирання біологічних зразків не є підставою для визнання висновку експерта недопустимим доказом, оскільки КПК не передбачено обов'язкової участі понять під час відбирання біологічних зразків для проведення експертизи (постанова ВСУ від 14.07.2020 у справі № 318/1411/18 (провадження № 51-138км20);

– відсутність у висновку експерта відомостей про попередження щодо кримінальної відповідальності за подання завідомо неправдивого висновку не є підставою для визнання цього висновку недопустимим доказом, якщо наявними іншими обставинами доведено розуміння експертом наслідків надання завідомо недостовірного висновку (постанова ВСУ від 22.01.2019 у справі № 697/2272/14-к (провадження № 51-7км17) [8].

Визнання висновку експерта недопустимим доказом здійснюється не тільки на основі оцінки висновку експерта відповідності вимогам законодавства, а й на основі перевірки компетентності судового експерта, а також його відповідності вимогам законодавства щодо особи судового експерта. Доволі розповсюдженою підставою визнання висновку експерта недопустимим доказом є порушення процесуального порядку вилучення доказів, так звана доктрина «плодів отруєного дерева». Рішення про визнання судом висновку експерта недопустимим доказом має бути вмотивованим. Таким чином, допустимість висновку експерта передбачає належного суб'єкта виконання експертизи, процесуальну придатність об'єктів, дотримання вимог підстав та процесуального порядку призначення, а також проведення експертизи та правильне оформлення її результатів. Отже, оцінка суду має ґрунтуватися на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, висновок експерта має оцінюватися з точки зору його належності, допустимості, достовірності.

Література

1. Кримінальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

2. Про судову експертизу: Закон України від 25.02.1994 р. № 4038-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#Text>.

3. Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах (постанова пленуму ВСУ від 30.05.97 N 8. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-97#Text>).

4. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень затв. наказом Міністерства юстиції України від 08.10.98 № 53/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text>.

5. Інструкція про проведення судово-медичної експертизи затв. наказом МОЗ України від 17.01.95 р. № 6. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0254-95#Text>.

6. Щербаківський М.Г. Судебные экспертизы: назначение, производство, использование: Учебно-практическое пособие. Харьков: Эспада, 2005. 544 с.

7. Положення про Експертно-кваліфікаційну комісію МВС та порядок проведення атестації судових експертів Експертної служби МВС затв. наказом МВС України від 21.09.2020 № 675. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0022-21#Text>.

8. Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо визнання доказів недопустимими. Рішення, внесені до ЄДРСР, за період з 2018 року по

червень 2021 року / упоряд. заступник голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, канд. юрид. наук В.В. Щепоткіна, правове управління (ІІІ) департаменту аналітичної та правової роботи апарату Верховного Суду. Київ, 2021. 75 с.

Окремі питання захисту прав інтелектуальної власності в Україні та ЄС: порівняльно-правовий аспект

Мукомела К.О., студентка магістратури

Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

В усьому світі інтелектуальна власність є об'єктом цивільного обороту. Зростання значення інтелектуальної власності та насамперед її результатів у соціально-економічному розвитку будь-якого суспільства, а також зростання попиту на неї пов'язано не лише з появою позитивних чинників, але й на жаль, не меншою мірою, негативних. Адже інтелектуальна власність часто стає об'єктом неправомірних дій, зловживань, і тому потребує з боку держави не лише ефективної правової охорони, а й ефективно працюючих механізмів захисту.

Водночас далеко не усі міжнародно-правові та національно-правові акти, що регулюють відносини у сфері інтелектуальної власності, можуть характеризуватися як цілком досконалі. Незважаючи на те, що за останні роки законодавство про інтелектуальну власність неодноразово змінювалося та розвивалося, з'являлися нові гарантії прав творців та посилювався захист прав інтелектуальної власності від будь-яких порушень, на сьогодні універсальної моделі, яка б забезпечувала належний рівень захисту прав інтелектуальної власності, у світі не існує.

Питання правової охорони та захисту інтелектуальної власності у міжнародному приватному праві, порівняльному приватному праві, національних правових системах країн Європи, у праві ЄС досліджували у свої наукових працях вітчизняні вчені-правники та фахівці у галузі цивільного права, права інтелектуальної власності, міжнародного приватного права, порівняльної цивілістики: Г.О. Андрощук, Т.С. Демченко, О.В. Дзера, С.А. Дзис, В.С. Дмитришин, А.С. Довгерт.

Потрібно зауважити, що проблема захисту прав інтелектуальної власності не є унікальною лише для України, а є спільною для усього світового середовища. У цьому сенсі слід відзначити постійну діяльність Всесвітньої організації інтелектуальної власності (WIPO) в напрямі створення спільних майданчиків для обміну таким досвідом країнами світу, у тому числі й європейськими країнами, аби шукати найкращі шляхи не лише у частині удосконалення процедур правової охорони, а й безпосередньо захисту прав інтелектуальної власності.

Країни-члени ЄС проводять узгоджену політику у сфері правової охорони та використання інтелектуальної власності. Керуючись принципом вільного руху товарів та послуг, вони спрямовують свої зусилля перш за все на уніфікацію та гармонізацію законодавства у сфері інтелектуальної власності та попередження використання прав на інтелектуальну власність у недобросовісній конкуренції.

За даними, наданими Європейською комісією щодо захисту і забезпечення прав інтелектуальної власності у своєму звіті у третій країнах та Україні надзвичайно гострою є проблема із законодавчим захистом прав інтелектуальної власності, механізмами реєстрації торгових марок тощо [1].

Варто відзначити, що наразі право інтелектуальної власності як спеціальна галузь права в системі права ЄС перебуває на стадії свого формування, оскільки потребує запровадження охоронних документів ЄС на всі основні об'єкти права інтелектуальної власності, посилення гармонізації національного законодавства країн-членів ЄС щодо об'єктів інтелектуальної власності, майнових прав та засобів їх захисту [2].

Нині йдеться про наявність сформованої, у своїх загальних рисах, особливої системи права інтелектуальної власності ЄС, побудованої на принципах, що відрізняються від

традиційних національних, з особливим предметом регулювання. При цьому, ця система являє собою нове правове явище, що досить динамічно та швидко розвивається нарівні з національними та міжнародною правовими системами. Правове регулювання відносин інтелектуальної власності у ЄС має на меті забезпечити високий рівень охорони цих прав, оскільки вони є правовою основою для захисту результатів творчої діяльності. Сукупність доктрин, принципів та судових рішень як результат та зміст права ЄС, а також актів вторинного права, що спрямовані на уніфікацію та гармонізацію законодавства країн-членів ЄС у сфері інтелектуальної власності, дають підстави стверджувати, що на сьогодні сформувалося право інтелектуальної власності ЄС [3].

Україна має виходити й з європейського досвіду у частині захисту прав інтелектуальної власності. Адже створення єдиного європейського ринку потребує гармонізації відповідних національних законодавств держав – членів ЄС, а також поліпшення системи захисту інтелектуальних прав на міждержавному рівні [4].

Важливим також є такий момент, коли для посилення прав інтелектуальної власності в Україні слід привести її законодавство у відповідність із законодавством ЄС. Хоча правоохоронні органи активізують свої зусилля для забезпечення прав інтелектуальної власності, загальний рівень правопорушень, що стосуються цієї сфери, залишається дуже високим. Тому, Україну часто звинувачують у низьких стандартах забезпечення захисту прав інтелектуальної власності. У більшості країн існує законодавство у сфері інтелектуальної власності, що відповідає основним міжнародним договорам. Ці характеристики, на думку багатьох науковців, притаманні й Україні, у законодавстві якої закладений дворівневий підхід у регулюванні відносин у сфері інтелектуальної, творчої діяльності [5].

Потребує також вдосконалення порядок судового розгляду спорів щодо прав інтелектуальної власності. Часто постає проблема, яка стосується недостатньої кількості спеціально підготовлених суддів, які здатні розв'язати спірні питання з дотриманням прав інтелектуальної власності. Нормативно-правова база у сфері інтелектуальної власності постійно вдосконалюється і поповнюється новими документами, тому необхідно створити такі правові механізми, які дозволять максимально захистити національного виробника та іноземного інвестора від правопорушень та зловживань у цій сфері, кількість яких невпинно зростає.

Потребує також вдосконалення порядок судового розгляду спорів щодо прав інтелектуальної власності. Часто постає проблема, яка стосується недостатньої кількості спеціально підготовлених суддів, які здатні розв'язати спірні питання з дотриманням прав інтелектуальної власності. Нормативно-правова база у сфері інтелектуальної власності постійно вдосконалюється і поповнюється новими документами, тому необхідно створити такі правові механізми, які дозволять максимально захистити національного виробника та іноземного інвестора від правопорушень та зловживань у цій сфері, кількість яких невпинно зростає.

Що стосується авторських та суміжних прав, то наразі наявні проблеми щодо визначення термінів сплати та визначення тарифів, а суб'єкти господарювання, які займаються діяльністю в сфері суспільного мовлення і далі не виплачують роялті виконавцям та виробникам за використання їх виступів та фонограм незважаючи на обов'язок закріплений в Законі України «Про авторське право і суміжні права».

Отже, підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що незважаючи на значні досягнення у сфері законодавчого забезпечення правової охорони інтелектуальної власності, на думку міжнародних експертів, її недосконалість все ще становить один із найголовніших чинників, які перешкоджають створенню в Україні ефективної системи захисту прав інтелектуальної власності і тому вимагає якнайшвидшого прийняття законодавчих змін щодо посилення рівня захисту інтелектуальної власності, що сприятиме розвитку національного потенціалу у сфері інтелектуальної власності.

Література

1. Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries. Brussels: European Commission, 2020. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf.

2. Еннан Р.Є. Правове регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі: рукопис. Одеса, 2010.
3. Еннан Р.Є. Правове регулювання інтелектуальної власності у ЄС: цивільне право України: в 2-х томах: підручник. Харків, Одісей, 2008 С. 679-683.
4. Актуальні проблеми права інтелектуальної власності: навч. посіб. Київ, Національна академія управління, 2016. 352 с.
5. Бошицький Ю. Л. Удосконалення національного законодавства в сфері інтелектуальної власності: проблеми та перспективи. Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: зб. наук. праць Міжнар. наук.-практ. конф. НАН України, Київський ун-т права. Київ, 2017. С. 7-11.

Інформаційна складова економіко-регуляторного механізму регулювання економіко-екологічних відносин у сфері ПЗФ України

Николайчук Т.О., магістр правознавства, аспірант

Науковий керівник:

Хумарова Н.І., д.е.н., професорка

Інститут проблем ринку та економіко-екологічних досліджень НАНУ

Прозорий алгоритм регулювання процесів у сфері природокористування, особливо коли йде мова про цінні та унікальні природні екосистеми, потребує визначення сутності таких механізмів. Враховуючи положення Закону України «Про природно-заповідний фонд» [1] ми можемо визначити, економіко-правовий механізм регулювання відносин у сфері природокористування, як систему еколога – регуляторних інструментів, спрямованих на організацію та впорядкування суспільних відносин щодо організації, охорони і використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду та інших особливо цінних територій.

Законом України «Про стратегічну екологічну оцінку» передбачено, що механізм регулювання відносин у сфері природокористування характеризується, як коло еколога-суспільних відносин у сфері оцінки наслідків для довкілля, у тому числі для здоров'я населення, виконання документів державного планування та поширюється на документи державного планування, які стосуються сільського господарства, лісового господарства, рибного господарства, енергетики, промисловості, транспорту, поводження з відходами, використання водних ресурсів, охорони довкілля, телекомунікацій, туризму, містобудування або землеустрою (схеми) [2].

Законом України «Про екологічну мережу» механізм регулювання відносин у сфері природокористування визначено, як систему інструментів спрямованих на впорядкування суспільних відносин у сфері формування, збереження та раціонального, невиснажливого використання екомережі як однієї з найважливіших передумов забезпечення сталого, екологічно збалансованого розвитку України, охорони навколишнього природного середовища, задоволення сучасних та перспективних економічних, соціальних, екологічних та інших інтересів суспільства [3].

Розглядаючи основні положення Податкового кодексу України [4] механізм регулювання відносин у сфері природокористування доцільно розглядати, як систему адміністративно-фінансового характеру, що спрямована на впорядкування фінансово-фіскальних відносин за спеціальне користування природними ресурсами (в т.ч. рентна плата), та порядок її обрахунку.

Господарський кодекс України [5] визначає механізм регулювання відносин у сфері природокористування як систему економіко-нормативних заходів, якими керуються суб'єкти господарювання у своїй діяльності, використовуючи природні ресурси в порядку спеціального або загального природокористування. Наразі, не відсутній підхід до нормативного визначення сутності ЕРМ економіко-екологічних відносин у сфері природно-

заповідного фонду України, серед вчених також немає єдиної наукової позиції з цього питання.

Такі вчені, як Б. Красноярова, М. Індюкова, Е. Гармса зазначають, що механізм рекреаційного природокористування залежить не тільки від належного інформаційного підґрунтя, але й також, від етнічно-культурного забарвлення, як інноваційного інструменту заохочення потенційних споживачів [6].

Ємельянова О., Тімофєєва О., Перєполькін І. стверджують, що інноваційний розвиток будь-якої господарської діяльності починається з інформаційного аналізу, що включає в себе статистичні дані та пошук інноваційних форм контенту [7].

На думку таких китайських дослідників, як Се Хунь Ся та Ху цін-Хай механізми управління навколишнім природним середовищем можуть забезпечуватись завдяки GIS-системам, таким як EMI-S та SuperMap, що можуть надати вичерпну інформацію щодо стану відповідної території та її природного потенціалу [8].

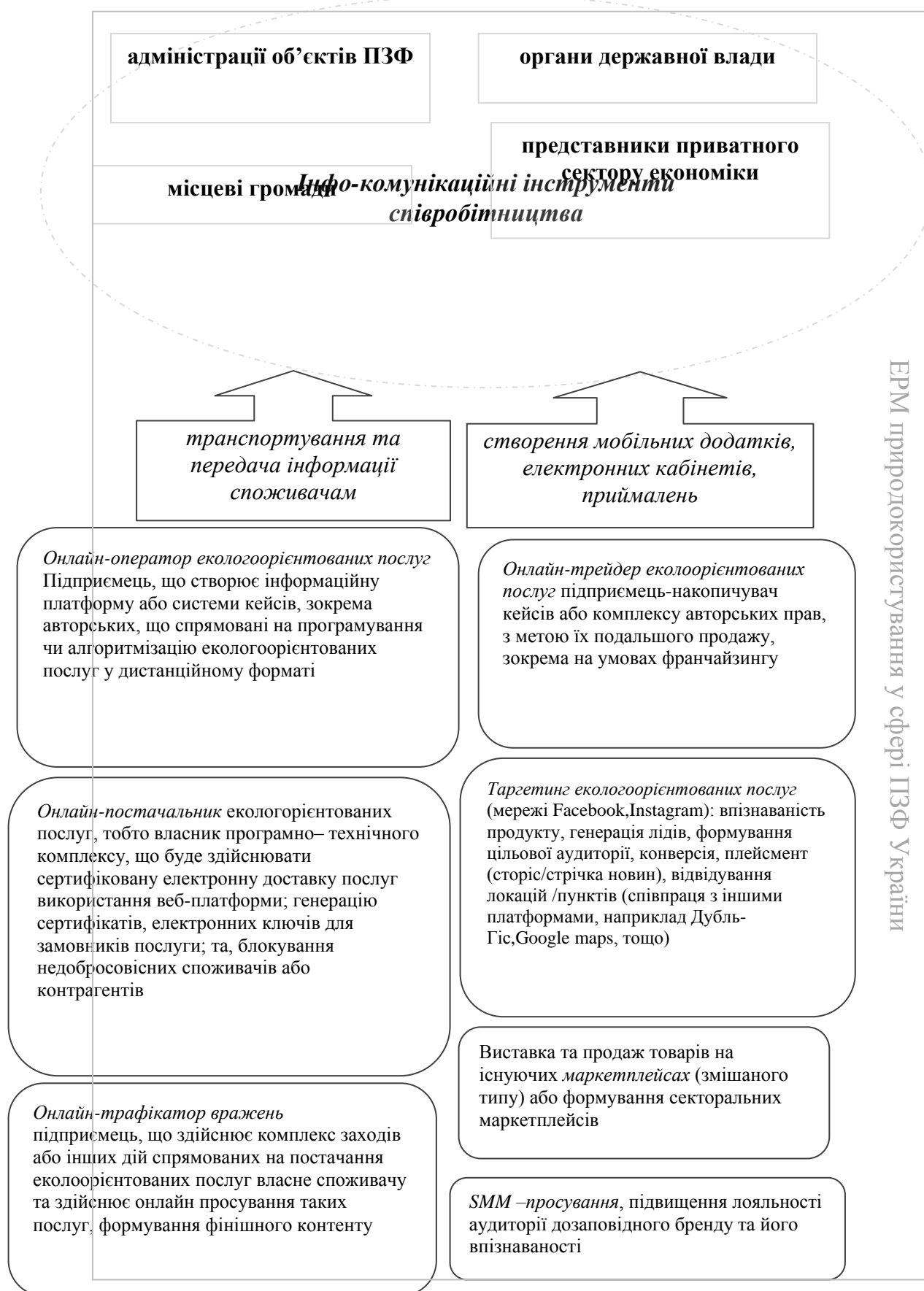
Сіцін Шань, Лі Ван, Йі Хау та Фан Хуа вважають, що механізм природокористування, як і всі інші суспільні механізми має контролюватись державою, як гарантом дотримання законності. Однак, державні механізми також повинні відповідати сучасним суспільним вимогам, тому, інструмент державного он-лайн управління (e-Government), на думку вчених, є найбільш вдалим для співпраці органів влади, бізнес-представників та населення країни [9].

Чимало європейських вчених, зокрема, Александр Ван Дер Ягдт, Міке Сміт, Біанка Амбросе-Одже, Сесіль Коніжненчик, Вінсенсо Джіаніко, Догмар Хаасе, Рафаель ЛаФортеза, Можка Настран та інші, вважають, що механізм збалансованого природокористування можливий тільки в разі поєднання з міською екологічною інфраструктурою. Однак, через відсутність належного рівня інформаційних, просвітницьких, організаційно-соціальних інструментів, таких підхід має чимало опонентів, що дозволяє дійти висновки, про необхідність першочергового розвитку інформаційно-комунікаційної складової еколого-соціальних процесів [10].

На нашу думку, власне *економіко-регуляторний* (далі – *ЕРМ*) механізм регулювання економіко-екологічних відносин у сфері природно-заповідного фонду України поєднує у собі адміністративно-правові, інформаційно-комунікаційні та еколого-регуляторні інститути, що спрямовані на виникнення та впорядкування суспільних відносин, що виникають у процесі використання природних ресурсів, а також економіко-організаційні та фінансові інструменти їх впровадження. Враховуючи вищевикладене, більш детально необхідно зупинитись на інформаційно-комунікаційній складовій ЕРМ, оскільки саме інформаційні інструменти є одним з першочергових форм інноваційної співпраці та формування стійких міжгалузевих зв'язків (авторське трактування) (Рис.1).

Рис. 1. Інформаційно-комунікаційна сутність ЕРМ природокористування у сфері ПЗФ України

Джерело: власна розробка автора



Отже, з інформаційно-комунікаційної точки зору ERM природокористування у сфері ПЗФ України розглядається, як комплекс інформаційно-комунікаційних інструментів між власне адміністраціями об'єктів ПЗФ, органами державної влади, місцевими громадами (населенням регіонів) та представниками приватного сектору економіки, що спрямовані на

формування сприятливого інформаційного середовища для розвитку інноваційно-екологічних форм господарської діяльності, векторів співпраці з представниками приватного сектору економіки, тощо.

Література

1. Про природно-заповідний фонд України: Закон України від 16.06.1992 № 2456-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 34. Ст. 502. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-12>
2. Про стратегічну екологічну оцінку: Закон України від 20.03.2018 № 2354-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 16. Ст. 138. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2354-19#Text>
3. Про екологічну мережу: Закон України від 24.06.2004 № 1864-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 45. Ст. 502. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1864-15#Text>
4. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>
5. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15?f>
6. Krasnoyarova, B.A., Indyukova, M.A. & Garms, E.O. The ethnocultural component of tourism development in the Altai Republic. *Geography and Natural Resources*. 2017. Vol. 38. PP. 165–172. URL: <https://link.springer.com/article/10.1134/S187537281702007X#citeas>. <https://doi.org/10.1134/S187537281702007X>
7. Emelyanova O.V., Timofeeva O.G., Perepelkin I.G. Information Component in the Construction of Cooperation of Innovatively Active Business Entities. *Frontier Information Technology and Systems Research in Cooperative Economics. Studies in Systems, Decision and Control*. Vol 316. URL: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-57831-2_18#citeas. https://doi.org/10.1007/978-3-030-57831-2_18
8. XIE Hong-xia, HU Qin-hai. Development of GIS Component-based Environment Management Information System—A Case Analysis of Yongkang EMIS. *Environmental Science and Society*. 2009. Vol.3. URL: https://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTotal-FJKS200503031.htm
9. Shan, S., Wang, L., Wang, J. et al. Research on e-Government evaluation model based on the principal component analysis. *Information Technology Management*. 2011. Vol. 12. PP. 173–185. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10799-011-0083-8#citeas>. <https://doi.org/10.1007/s10799-011-0083-8>
10. van der Jagt Alexander P.N., Smith Mike, Ambrose-Oji Bianca, Konijnendijk Cecil C. et al. Co-creating urban green infrastructure connecting people and nature: A guiding framework and approach. *Journal of Environmental Management*. 2019. Vol. 233. PP. 757-767. URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301479718310934>. <https://doi.org/10.1016/j.jenvman.2018.09.083>

Розширення переліку інструментів для ефективного притягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил паркування автомобільних транспортних засобів

*Соколенко Д.В., аспірант
Запорізький національний університет*

На сьогоднішній день у Верховній Раді України на опрацюванні перебуває два законопроекти №4594 та №5798, які надають інструментарій для ефективного притягнення до відповідальності за порушення не тільки правил паркування та зберігання транспортних засобів, але й інших правил дорожнього руху. Вони пропонують надати право свідкам порушення правил дорожнього руху надсилати до Національної поліції відповідні докази та

отримувати за це винагороду, та розширюють перелік статей за які може притягувати до відповідальності інспектор з паркування.

Необхідність більш ефективного механізму притягнення до адміністративної відповідальності в сфері правил дорожнього руху покликана тим, що прослідковується загальна тенденція до щорічного збільшення кількості ДТП простежується в Україні починаючи з 2015 року. Така ситуація змушує державу постійно удосконалювати види контролю в сфері безпеки дорожнього руху. У порівнянні з 2019 роком, загальна кількість ДТП в Україні збільшилася майже на 8 тисяч. Відповідно до статистики наданої Департаментом патрульної поліції, протягом 2020 року в Україні трапилося 168107 ДТП, з яких 26140 ДТП з травмованими, у яких загинула 3541 людина [1].

Контроль за безпекою на дорогах має впроваджуватися шляхом прийняття комплексних заходів. У цьому питанні важливе значення відіграє виховання свідомого ставлення учасників дорожнього руху до правил дорожнього руху. Забезпечити таке ставлення можливо шляхом залучення учасників дорожнього руху, громадян та активних представників громадянського суспільства до безпосереднього контролю за безпекою на дорогах. Такий механізм вже використовується в Узбекистані громадяни через офіційний веб-сайт Міністерства внутрішніх справ можуть звертатися з відеозаписами порушень у дорожнього руху, таким чином сприяючи притягненню винних осіб до відповідальності. Такі відеозаписи опрацьовуються уповноваженими органами та можуть призвести до реального покарання порушника. Це є прикладом ефективного залучення громадськості до контролю на дорогах. Держава не може забезпечити стовідсотковий контроль від свого імені, такі функції частково може взяти на себе суспільство, допомагаючи державі в створенні безпечних умов на автомобільних дорогах.

На даний час чинне законодавство про адміністративні правопорушення не забезпечує ефективних механізмів для участі громадськості у здійсненні таких заходів. Громадяни не мають достатніх правових інструментів, а держава позбавлена механізму ефективного розгляду адміністративних справ за їх зверненнями. Для цього необхідно законодавчо закріпити механізм передачі інформації від звичайних активних громадян до відповідного владного суб'єкта, який наділений повноваження в сфері притягнення до адміністративної відповідальності [2].

Законопроект передбачає фінансове заохочення для таких активних громадян. Громадяни, які зафіксували порушення в режимі фотозйомки (відеозапису) та з використанням спеціального програмного засобу звернулися з відповідною інформацією до уповноваженого органу, отримують статус сповіщувача та в разі притягнення винної особи до відповідальності та сплати нею накладеного штрафу можуть отримати винагороду в розмірі 10 % від цього штрафу.

Для недопущення зловживань з боку громадян запропоновано встановити кримінальну відповідальність за подання підроблених або штучно створених матеріалів фотозйомки (відеозапису). Водночас гарантується конфіденційність і нерозголошення відомостей про таких громадян. Розгляд матеріалів від громадян пропонується покласти на органи Національної поліції.

Що стосується можливих нововведень в роботі інспекторів з паркування, то законопроект №4594 передбачає збільшення кількості статей, за якими інспектори можуть виносити постанови про порушення правил паркування та зберігання автомобільних транспортних засобів.

Проект Закону передбачає внесення змін до ч.3 ст. 219 Кодексу України про адміністративні правопорушення, якими пропонується розширити повноваження інспекторів з паркування, надавши їм право розглядати справи про адміністративні правопорушення, пов'язані з притягненням до відповідальності осіб, які залишили свої транспортні засоби на місцях, передбачених для автомобілів, якими керують водії з інвалідністю або в яких таких осіб перевозять.

Так, згідно норм діючого законодавства, а саме статті 219 Кодексу країни про адміністративні правопорушення, на сьогоднішній день до повноважень інспекторів з паркування віднесено розгляд справ про порушення Правил дорожнього руху, передбачені статтями Кодексу України про адміністративні правопорушення, а саме: частини 1, 3 та 6 статті 122 (порушення правил зупинки та стоянки), та частина 1, 2 та 8 статті 152-1 (порушення порядку та правил платного паркування).

В той же час, частина 5 ст. 122 КУпАП (зупинка чи стоянка на місцях, передбачених для автомобілів, якими керують особи з інвалідністю або в яких таких осіб перевозять) досі відноситься до компетенції працівників поліції, що є доволі нелогічним, оскільки незрозуміло, чим стоянка на місці передбаченому для автомобіля водія з інвалідністю відрізняється від стоянки на місці, передбаченого для автомобіля з електричним двигуном [3].

Отже, аналізую останні законопроекти в сфері паркування та зберігання автомобільних транспортних засобів, можна дійти висновку, що законодавці намагаються ліквідувати ті прогалини законодавства, які є на сьогоднішній день. Залучення громадян та активної частини громадянського суспільства до контролю у сфері безпеки дорожнього руху на прозорих правових засадах може бути ефективним кроком, який призведе до різкого зменшення кількості ДТП на дорогах України, а надання інспекторам з паркування більших повноважень допоможе в реалізації напрямків діяльності органів місцевого самоврядування у сфері забезпечення якості дорожнього руху, а також підвищення його рівня безпеки, та забезпечить порядок в сфері паркування міст.

Література

1. Статистика ДТП в Україні за період з 01.01.2020 по 31.12.2020. URL: <http://patrol.police.gov.ua/statystyka/>.

2. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі суспільства у заходах контролю за безпекою дорожнього руху та дотриманням правил зупинки, стоянки, паркування транспортних засобів від 16.07.2021р. №5798. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72564.

3. Проект Закону про внесення змін до статті 219 Кодексу України про адміністративні правопорушення (щодо розширення повноважень інспекторів з паркування для захисту інтересів осіб з інвалідністю) від 14.01.2021р. №4594. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70826.

Особливості правового регулювання медіації у зарубіжних країнах

Толкач А.М., старший викладач

Національний університет «Чернігівська політехніка»

У кожній країні існує свій рівень злочинності, тенденції до підвищення темпів росту злочинності або його зменшення. Першочергова задача держави реагувати на негативні зміни рівня злочинності. Цей процес відбувається шляхом активізації покарання за вчинені кримінальні правопорушення, призначаються більш жорстокі покарання, що призводить до значного збільшення чисельності засуджених у місцях позбавлення волі.

У зв'язку з цим, виникла необхідність у заснуванні нового підходу реагування на кримінальне правопорушення – запровадженні процедури примирення (медіації) у кримінальних справах. Суть цієї процедури полягає у припиненні конфлікту між сторонами шляхом взаємного вибачення, усунення завданої потерпілому моральної і матеріальної шкоди та прийнятті правопорушником відповідальності за скоєне кримінальне правопорушення.

Поняття «медіація» походить від латинського «*mediare*», що означає «бути посередником». У перекладі з англійської мови термін медіація – «*mediation*» означає посередництво, клопотання, заступництво.

Тобто, медіація – це вид альтернативного врегулювання конфліктів між двома сторонами із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам конфлікту вирішити спірну проблему без кримінального провадження.

На відміну від України, медіаційна процедура уже понад 25 років ефективно застосовується у зарубіжних країнах. Серед європейських країн медіація законодавчо закріплена в Австрії, Бельгії, Великій Британії, Норвегії та Фінляндії, Німеччині. У Польщі та Чехії по закінченні експериментального періоду відновне правосуддя було прийнято та впроваджено на рівні національного законодавства.

У більшості зарубіжних країн медіація являє собою метод, який використовується уповноваженими у сфері кримінальної юстиції посадовими особами для примирення сторін і добровільного відшкодування заподіяної кримінальним правопорушенням шкоди [1, с. 199].

Великобританія та Уельс стала однією з перших країн у Європі, яка почала застосовувати новий підхід до кримінального правопорушення та його наслідків – відновне правосуддя.

В Англії в залежності від етапу судочинства виділяють поліцейську і судову медіації, які розрізняються за наслідками. Поліцейська медіація проводиться до порушення кримінального переслідування. У випадку вдалої медіації та укладанні угоди поліція приймає рішення про відмову в порушенні кримінальної переслідування, яке в силу особливостей англійського кримінального процесу не оформлюється ніяким процесуальним документом. Судова медіація проводиться під час судового провадження щодо обвинуваченого, але до призначення йому покарання [2, с. 99].

У Бельгії центральною фігурою медіації виступає прокурор. Він «відбирає» справи для медіації, заслуховує доповідь свого помічника з медіації, у якій викладаються пропозиції сторін щодо врегулювання конфлікту. За згодою з цими пропозиціями прокурор проводить медіацію за участю сторін, має право в ході слухання кримінального провадження запропонувати інший варіант вирішення конфлікту, який відрізняється від викладеного в доповіді помічника з медіації, затверджує умови медіації. За результатами укладення угоди прокурор складає протокол. Крім того, прокурор контролює виконання зобов'язань, прийнятих обвинуваченим згідно з Медіаційною угодою [2, с. 300].

Крім цього, у Бельгії було прийнято закон «Про медіацію» (2005 р.), відповідно до якого процес медіації у серйозних справах («Медіація для виправлення шкоди») може бути розпочатий на прохання особи, що має безпосередній інтерес у кримінальній справі [3].

У Франції проста медіація закріплена в ст. 61 Кримінального процесуального кодексу Франції, відповідно до якої прокурор має право до ухвалення судового рішення за погодженням сторін кримінального провадження направити кримінальне провадження на процедуру медіації. А також прокурор у разі необхідності може звернутися за допомогою до громадських організацій у врегулюванні кримінального конфлікту [4, с. 102].

Німецьке кримінальне процесуальне законодавство закріпило комбіновану модель медіації, яка передбачає право прокурора на закриття кримінального провадження у разі примирення сторін кримінального правопорушення та відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди, збитків, виплати відповідної грошової компенсації певній суспільно корисній установі або бюджету [3].

Особливістю кримінального законодавства Польщі та США є можливість застосування інституту медіації між потерпілим та правопорушником на стадії після ухвалення вироку суду та відбування покарання [3].

Інститут медіації у США має більш морально-психологічне спрямування, аніж юридичний вплив на сторони кримінального правопорушення.

Цікавим є порядок проведення медіації в Італії: після того, як в компетентну організацію переданий запит про проведення медіації, призначається медіатор і визначається дата першої зустрічі між сторонами (не пізніше, ніж через 15 днів з моменту подачі запиту). Позивач сповіщає іншу сторону про запит і про дату проведення зустрічі. Медіатор шукає шляхи мирного вирішення спору. Якщо вдалося домовитися, медіатор складає протокол,

який підписують сторони і сам медіатор. Якщо сторони не можуть домовитися, медіатор має право сформулювати пропозицію з врегулювання суперечки [5, с. 157].

У Канаді в Апеляційному суді Квебека медіацію вправі проводити судді. Водночас у сторін зберігається право вибору – звернутися до приватного медіатора, який бере участь у програмі судової медіації, або до судді-медіатора [6, с. 25].

У своєму дисертаційному дослідженні Р. Ф. Аракелян виділяє три прототипи правового регулювання медіації в Європі:

Перший прототип: медіація передбачена та регулюється нормативними актами в кримінальному провадженні щодо неповнолітніх. Така правова основа передбачена в Каталонії (Іспанія), Англії, Уельсі, Фінляндії, Німеччині, Ірландії та Польщі. В цьому випадку медіація ініціюється прокурором чи суддею, або поліцією чи службою пробації (в Англії та Уельсі) [4, с. 100].

Другий прототип медіації стосується дорослих правопорушників та регулюється нормами кримінального процесуального законодавства (Австрія, Бельгія, Фінляндія, Німеччина, Польща, Словенія) та/або нормами матеріального кримінального права (Фінляндія, Німеччина, Польща) [7, с. 44].

Третій прототип – медіація може регулюватися окремим «законом про медіацію», в якому детально врегульовані питання організації та процесу медіації. Такий закон діє в Норвегії з 1991 р. (Акт про муніципальні комісії з медіації) та застосовується до всіх правопорушників, не залежно від віку, які вчинили кримінальне правопорушення. В 2002 р. закон про медіацію прийнято в Швеції [8, с. 101].

Впровадження та застосування медіації у кримінальних провадженнях на думку В.Т. Маляренко, спрямоване на розв'язання численних проблем:

- 1) гуманізації та демократизації правової системи та законодавства;
- 2) вдосконалення та спрощення кримінального процесу;
- 3) доступності правосуддя;
- 4) підвищення рівня довіри та поваги у громадян до суду та правоохоронних органів;
- 5) забезпечення прав і законних інтересів потерпілого та правопорушника;
- 6) профілактики злочинності та уникнення подальшої криміналізації осіб, що вчинили злочин у місцях позбавлення волі;
- 7) відновлення позитивних міжособистісних стосунків у громаді [9, с. 167].

Таким чином, аналіз законодавств зарубіжних країн показав, що більшість держав європейського континенту законодавчо закріпили інститут медіації між потерпілим та правопорушником та використовують різні моделі медіації. Медіація існує також у США, Канаді, Новій Зеландії, Австралії, Південній Африці. Особливістю є те, що у більшості країн світу, медіація існує не лише у якості пілотних програм, але й закріплена на рівні національного законодавства.

Література

1. Стратій О.В. Європейський досвід інституту «медіації» у кримінальних провадженнях. *Наше право*. 2014. № 10. С. 196-202.
2. Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств : учебник. М. : Зерцало-М, 2001. 480 с.
3. Медіація в державах Європейського Союзу. URL: com/international_law/european_union_law/mediatsiya-v-derzhavakhevropeyskogo-soyuzu/ (дата звернення 28.07.2021 р.)
4. Аракелян Р.Ф. Впровадження інституту медіації у кримінальне процесуальне законодавство України: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 331 с.
5. Гайденок Шер Н.И. Обязательная медиация: опыт Италии. *Третьейский суд*. 2011. № 1. С. 156–165.
6. Отис Л. Медиация в стенах суда. *Медиация и право*. 2011. №1. С. 21-38.
7. Землянська В.В., Ільковець Л.Б., Сегедін В.Б. Впровадження відновного правосуддя у кримінальне судочинство України: посібник. К. : Видавець Захаренко В. О., 2008. 168 с.

8. Александренко О.В., Титко А.В. Інститут угоди про примирення у кримінальному процесі України. *Юридична наука*. 2013. № 2. С. 95-103.

9. Маляренко В.Т. Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. 600 с.

Щодо вдосконалення законодавства про державну службу в частині укладання контрактів з державними службовцями

Тютюнник В.К., аспірантка

Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля

Укладення контракту про проходження державної служби в органах державної влади (далі – контракт) є однією з умов прийому громадян на службу в органи державної влади України і передумовою виникнення правового статусу працівника. Можливість підписання керівником державного органу із працівником або громадянином, який приймається на службу, контракту передбачена ст. 31¹, разом інших пунктів Закону України «Про державну службу» (далі – Закон), а також Порядком укладення контрактів про проходження державної служби, постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 2020 р. № 494.

Слід зауважити, що до внесення змін у Закон від 19.09.2019 укладення контракту не передбачалося. Введення відповідних норм законодавства дозволяє говорити про прагнення законодавця до уніфікації інституту державної служби, адже Законом України «Про державну службу» укладення контракту з державним службовцем розглядається в якості однієї зі складових встановлення трудових відносин на державній службі. Сама по собі наявність такого контракту має сприяти більш чіткому визначенню прав, обов'язків і відповідальності сторін, що його уклали, встановлення конкретних підстав для його продовження і припинення, реалізації гарантій правового і соціального захисту державних службовців, а також індивідуалізації окремих елементів проходження державної служби, виходячи з її особливостей [1, 2].

Вищевикладене, можливо, і не було б предметом численних наукових дискусій, якби мова йшла про звичайний трудовий договір або його різновиди. Однак проблема полягає в тому, що державна служба регулюється нормами різних галузей права: конституційного, адміністративного, трудового, виборчого тощо.

Серед робіт, які повністю присвятили свої праці суті службового контракту можна назвати вчених в галузі трудового права: Л. Чиканова, Є. Хохлов, А. Нуртдінова, А. Курінний, Е. Єршова та ін.

Незважаючи на те, що трудовий договір досить широко досліджений, проблема співвідношення трудового договору та службового контракту нерідко викликає суперечки і є об'єктом наукових дискусій. Традиційно державна служба розглядається вченими з двох позицій: як вид трудової діяльності, тобто інститут трудового права, і як адміністративно-правовий інститут. Ми поділяємо точку зору більшості авторів, які обґрунтовано вважають, що основу відносин, пов'язаних з державною службою, становлять норми трудового права. Проте деякі вчені-адміністративісти звертають на певні особливості контракту (О. Чупріс, Н. Клімкін, Д. Овсянко і ін.). Контракт в даному випадку, на думку О. І. Чупріс, служить лише правовою формою, яка демонструє адміністративний зміст існуючих суспільних відносин.

На це в першу чергу вказує публічний характер державної служби, її безпосередній зв'язок з державою, рішення завдань і виконання функцій державного управління. Як справедливо зауважує О. І. Чупріс, державна служба заснована не з метою створення можливостей для реалізації здібностей громадян до праці і задоволення їх потреб, а навпаки, трудова діяльність стала засобом досягнення цілей державної служби [3, с. 35].

На нашу думку, характер правовідносин державної служби відповідно повинен визначати і правову природу контракту, що укладається з державним службовцем, тим більше що змістовна частина цього контракту, виходячи з практики їх укладення, являє

собою, як правило, виклад в узагальненому і систематизованому вигляді норм законодавства про державну службу без можливості істотної індивідуалізації умов та порядку проходження служби. Іншими словами, вплив держави на нормативне врегулювання відносин, пов'язаних з державною службою, особливо в плані прав, обов'язків, відповідальності і обмежень для державних службовців, підстав припинення державної служби, дуже великий, а вільне волевиявлення сторін, що укладають контракт, вкрай обмежене.

У той же час аналіз чинного законодавства про працю та про державну службу (наприклад, ст. 31¹ Закону «Про державну службу») показує, що під контрактом з державним службовцем розуміється трудовий договір, тобто угода роботодавця з працівником щодо виконання трудової функції, але ніяк не договір між державою в особі керівника державного органу та державним службовцем по реалізації державних завдань. Єдність трудового договору та службового контракту виявляється одразу в обов'язкових умовах, до яких належать: трудова функція (робота за посадою відповідно до штатного розкладу, професії, спеціальності; дата початку роботи, а в разі, коли укладається строковий трудовий договір, також термін його дії і обставини (причини), які послужили підставою для укладання строкового трудового договору відповідно до КЗпП; умови оплати праці тощо [1, 4].

Проте вважаємо, що такий підхід законодавця необхідно вдосконалювати, враховуючи певні нюанси. Таким чином, службовий контракт, як і трудовий договір також є угодою між двома сторонами формально-юридично рівними, носить особистий характер, за порушення його умов настає юридична відповідальність. На наш погляд, службовий контракт все-таки регулює трудові правовідносини на державній службі, тобто внутрішньо-організаційний напрям відносин.

Але все ж вважаємо, що не слід контракт з державним службовцем повністю ототожнювати з трудовим контрактом. Спроба уніфікації контракту з державним службовцем і трудового контракту, що укладається відповідно до законодавства про працю, веде до неправильного розуміння самої суті державної служби, її ролі та призначення в суспільстві.

Доцільно, на нашу думку, врахувати в Законі «Про державну службу» дану особливість за допомогою застосування терміна «службовий контракт». Це дозволило би більш точно сформулювати поняття контракту з державним службовцем як договору між державою і державним службовцем по реалізації завдань і функцій держави, похідною функцією якого як раз і є безпосередньо трудова функція.

Відмежувавши службовий контракт від класичного трудового договору, можна було б, наприклад, зняти обмеження в частині максимального терміну укладання службового контракту, дозволивши укладати його в окремих випадках на невизначений термін за Кодексом Законів про працю України, що сприяло б реалізації принципів професіоналізму та компетентності державних службовців, стабільності державної служби з метою забезпечення наступності влади, економічної, соціальної і правової захищеності державних службовців.

Особливо актуальна ця проблема для місцевих органів виконавчої влади, особливо в регіонах проведення Операції Об'єднаних сил, де наразі ми спостерігаємо значний відтік кадрів. Як показує практика, тільки професійна адаптація молодого спеціаліста становить від трьох до п'яти років служби. Встановлення трирічного максимального терміну дії контракту про державної служби в органах державної влади (часто контракт про службу укладається і на менший термін) веде до частоті змінюваності кадрів, зростання соціальної напруженості серед співробітників, зловживань з боку посадових осіб, які укладають контракт про службу, нестабільності службових відносин. Ще необхідно врахувати і колосальні витрати бюджетних коштів на підготовку співробітників. У кінцевому підсумку можливість укладення контракту державної служби в органах державної влади на невизначений термін є одним з варіантів вирішення зазначеної вище проблеми. При цьому в Порядку укладення контрактів про проходження державної служби доцільно передбачити вичерпний перелік випадків, коли такий контракт не може бути укладений (наприклад, при заміщенні посад за конкурсом).

В цілому наші пропозиції дозволять удосконалити не тільки теоретичну основу такого правового інституту як службовий контракт, але і знизити дискусійний характер його окремих аспектів, а також уникнути можливих правових колізій на практиці.

Література

1. Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 № 889-VIII / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19>.
2. Про затвердження Порядку укладення контрактів про проходження державної служби: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.06.2020 № 494 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/494-2020-%D0%BF#Text>
3. Чуприс О.И. Теоретико-правовые проблемы государственной службы Республики Беларусь / Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь. Минск: Право и экономика, 2009. 310 с. (Серия «Гуманитарные науки»)
4. Кодекс законів про працю України: Кодекс від 10.12.1972 № 322-VIII / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.

Історичний метод в системі методології дослідження системи управління державною службою: витоки, генезис, перспективи

Федоренко М.В., аспірант

Гуманітарний інститут Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського

Свого часу методологія державно-правових наук, яка поширювалася й на дослідження явищ адміністративного права, стала системою завдань, цілепокладань, світоглядних принципів, прийомів і способів пізнання сутності та змісту адміністративно-правових явищ, режимів і статусів, а також аналізу та узагальнення відповідної правотворчої, правозастосовної, а після утвердження адміністративної юстиції в кін. XIX ст., і правосудної діяльності [1]. Ця методологія стала важливим наукознавчим інструментарієм дослідження проблем теорії та практики державної служби, включаючи і проблематику пошуку ефективної системи управління державною (публічною) службою.

Одним із первинних і найбільш вживаних у правовій науці та зокрема у державно-правових дослідженнях залишається історичний, історико-догматичний або історико-порівняльний метод. Одним із перших в Україні сутність, зміст і перспективи застосування історико-догматичного методу для дослідження державно-правових явищ, режимів, процесів і статусів розкрив у своїй роботі «Посібник для вивчення російського державного права за методом історично-догматичним» (1872 р.) [2] професор Київського університету Св. Володомира О. Романович-Словатинський. Серед «*прийомів вивчення позитивного права*», які застосовувалися, в тому числі й для дослідження т.з. «підлеглої влади – чиновників, які відправляли відомі посади» за Статутами про службу цивільну, цей учений виокремлював:

а) метод *догматичний*, який «установлює своїм завданням згрупувати і коментувати діюче позитивне право, наскільки воно прикладне та обов'язково в цей час»;

б) метод *філософський*, діалектичний, який «порівнює норми діючого права з загальними початками, філософськими, аналізує ці норми з точки зору постулатів теоретичного розуму»;

в) метод *історичний*, що «успадковує, як генетично нашаровувалися діючі норми позитивного права, установлювалися та поступово розвивалися, за ступенем історичного розвитку народу»;

г) метод *порівняльний*, що «роз'яснює позитивне право якогось народу шляхом порівняння з позитивним правом одного з багатьох інших народів» [2; 7; 9].

При цьому, О. Романович-Словатинський виокремлював недоліки застосування вище названих методів поодиночі. Так, «*догматичний прийом призводить до емпіризму, розвиває суху формалістику, бюрократичну рутину Історичний метод, в своєму однобокому застосуванні зосереджує увагу на минулому, відводить очі від теперішнього часу, розвиває*

надмірні симпатії до віджилих форм» [2, с. 9]. У силу зазначеного, учений переконував, що «для того щоб добре вивчити і зрозуміти догму права державного, слід вивчити її поступове історичне нашарування. ... Догматичний прийом, таким чином, має поєднуватися з історичним» [2, с. 10].

Історико-догматичний метод отримав значне поширення серед дослідників у науці державного права, яка умовно поділялася на державне конституційне право та адміністративне (поліцейське) право, в другій пол. XIX ст. – на поч. XX ст. Ціле плеяда тогочасних правознавців (українців, росіян, поляків і ін.), які працювали на території Російської імперії, видали цикл робіт, в яких було сформовано вчення про державну (цивільну) публічну службу, з урахуванням її історичного розвитку, як правило, з часів Київської Русі. До прикладу, другий том фундаментальної роботи О. Градовського «Початки російського державного права» мав назву «Сутність державних посад і вчення про службу цивільну». В ньому, зокрема, містились самостійні глави, присвячені розвитку посад у Західній Європі та Росії. При цьому, особлива увага приділялася утворенню посад з часів Петра I [3, с. 9-46].

Зазначимо, що такий поділ генезису та еволюціонування державної (цивільної) служби на «до-Петровську епоху» й «після-Петровську епоху» став результатом застосування правознавцями історичного (історико-догматичного) методу іще з часів одного з перших видань у сфері державного права – роботи Д. Дюгамеля «Досвід державного права Російської імперії» (1833 р.) [4]. У ній Д. Дюгамель наводить Указ Петра I від 24 січня 1721 р. Про чини, як цивільні, так і військові, які поділяються на 14 класів і, по-суті, здійснює коментар щодо змісту та порядку реалізації цього Указу на час написання ученим згаданої роботи [4].

При відомого негативного впливу Петра I на згортання т.з. «Козацької держави» в Україні, Петровський Табель про ранги відіграв загалом позитивну роль у розвитку публічної служби у Російській імперії, до складу якої було включено й більшу частину Українських земель. У цьому сенсі, важливою науковою розвідкою, заснованою на історично-догматичному методі, стало дисертаційне дослідження М. Загоскіна «Нариси організації та походження служилого стану в до-Петровській Русі» (1876 р.), в якій учений ґрунтовно досліджує виникнення основ державних відносин службових відносин загалом та зокрема в Давній Русі та в т.з. «удільно-вічевий» період [5, с. 3-59].

Застосування історичного методу, в його різноманітних інтерпретаціях знаходимо і в роботах учених у галузі державного та адміністративного (поліцейського) права. Зокрема, досліджуваний нами метод у своєму підручнику згадував В. Івановський, який відносив до основних методів індуктивний метод, *історико-порівняльний або соціологічний* і, власне, юридичний метод [6, с. 14]. Відзначимо, що наведене положення підручника В. Івановського засвідчує поступову втрату популярності історико-догматичного методу досліджень на користь історико-порівняльного, коли дослідники аналізують становлення та розвиток державної служби, порівнюючи ці процеси із аналогічними у конституційних державах Західної Європи і США.

Прикладом вдалого застосування цього методу вважаємо другого тому з адміністративного права «Лекцій з державного права» (1910) проф. М. Лазаревського. У цій роботі, подібно з вище охарактеризованою працею О. Градовського, цей учений робить історично-порівняльний екскурс в становлення державної служби в Росії та Німеччині, Франції, Англії та Північній Америці [7, с. 52-77].

Прикладом результативного застосування історичного методу є й робота польського дослідника Й. Ольшевський «Бюрократія», написана в 1903 р. у м. Львові (Лемберг – на час написання роботи). У ній дослідник вмістив фундаментальний розділ, присвячений «історії бюрократизму», в якому дослідив утвердження та розвиток інституту державних чиновників із часів східних деспотій і розвитку бюрократії на межі XIX і XX ст. При цьому, вчений відзначає дихотомічний зв'язок характеру посад із особливостями конкретних історичних епох. *«Тією мірою, як з перебігом історії людства змінювалися джерела, із яких витікало*

керівництво суспільними справами, змінювався й характер посад» [8, с. 19], писав Й. Ольшевський.

Підсумовуючи відзначимо, що історичний метод є похідним від загального світоглядного принципу історизму, який використовується для дослідження більшості правових явищ, процесів, режимів і статусів, включаючи інститут державної служби. Із самого початку історичний метод поєднувався з догматичним методом, і утворював вдало описаний О. Романовичем-Словатинським історико-догматичний метод. Він зумовлював дослідження явищ державного володарювання та управління, а також державної служби на основі попереднього історичного досвіду державотворення та правотворення, який не лише передував, а й передбачав сучасний для дослідника стан теорії та практики, як єдино вірного, догматичного (з грец. δόγμα, δόγματος – «рішення», «постанова»).

Із лібералізацією наукових досліджень у галузі державного права та державної служби історико-догматичний метод поступається місцем історично-порівняльному методу, який ґрунтується на порівнянні магістральних шляхів генезису та еволюціонування адміністративних режимів, зокрема, режиму державної (цивільної) служби у конституційних державах. Цей метод, на наше переконання зберігає свою актуальність донині. Зокрема, він успішно апробований і автором цієї публікації [9].

Література

1. Федоренко М.В. Особливості застосування порівняльно-правового методу при дослідженні системи управління державною службою в Україні та Польщі. Сучасні аспекти модернізації науки: стан, проблеми, тенденції розвитку: матеріали XIII Міжнар. науково-практ. конф., м. Київ; Бухарест, 07 вересня 2021 р. / за ред. Є.О. Романенка, І.В. Жукової. Київ; Бухарест: ГО «ВАДНД», 2021. С. 71-75.

2. Романович-Словатинский А. Пособие для изучения русского государственного права по методу историко-догматическому. Выпуск первый и второй. Киев: В Университ. Типографии, 1872. 286 с.

3. Градовский А. Начала Русского государственного права. Том II. Органы управления. Санктпетербург: Типогр. М.М. Стасюлевича, 1881. VIII с., 459 с.

4. Д... [Дюгамель]. К. Опыты государственного права Российской империи. Санктпетербург: В Типограф. Импер. Российской Академии, 1833. V., 414 с., [5], [3].

5. Загоскин Н. Очерки организации и происхождения служилого сословия в допетровской Руси. Исследов. кандидата права. Казань: В Университ. Типограф., 1875. 216 с.

6. Ивановский В.В. Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления). Казань: Типо-литография Императорского Ун-та, 1907. 546 с., X с.

7. Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. Том II. Административное право. Ч. 1. Органы управления. С.-Петербург: Типогр. Спб. Общ. «Слово», 1910. 509 с.

8. Ольшевский И. Бюрократия. Москва: Изд-во В.М. Саблина, 1906. VIII., 417 с.

9. Федоренко М.В. Генезис системи управління державною (публічною) службою в Україні та Республіці Польща: адміністративно-правові аспекти. *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління*. 2021. № 2(14). С. 169-190.

Врівноваження публічних та приватних інтересів на тлі поширення інформації приватного характеру щодо публічних фігур (на основі показових справ Європейського суду з прав людини)

Хлопов А.О., аспірант

Харківський національний університет внутрішніх справ

Приватне життя представляє особливу ціннісну категорію для будь-якої людини, а бажання контролювати поширення інформації про себе є природним та невід'ємним правом кожного. Це у свою чергу накладається на можливість публікувати у засобах масової

інформації – відомості, які викликають інтерес в суспільстві але разом із тим, стосуються епізодів або фактів із життя конкретних осіб, що в силу займаної посади або іншим чином набутої упізнаваності викликають цікавість у громадськості. З боку таких осіб іменованих в європейській практиці «публічними фігурами» подібні акти можуть мати несприятливі наслідки та бути розцінені, як неправомірне втручання в приватне життя. В межах Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод така ситуація контрастує між правом на повагу до особистого життя, визначеним ст. 8 та ст. 10 документу, що передбачає свободу вираження поглядів [1]. Жодне із вказаних прав не має примату над іншим, представляючи рівнозначні у демократичному суспільстві цінності. Те саме підтверджується положенням пункту 11 Резолюції 1165 (1998) Рада Європи присвяченої питанням права на приватність, згідно якої обидва дані права не є абсолютними, не мають ієрархічного характеру, оскільки мають однакову цінність [2]. З цього слідує, що при збігу обставин за яких вказані права свого роду «накладаються» одне на одного для паритетного їх врівноваження між ними має досягатися баланс. У розрізі цього за доцільне розглянути декілька показових справ із практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), де судом було сформульовано ряд концептуальних положень стосовно збалансованості права на повагу до приватного життя публічних фігур, у розрізі можливості контролювати поширення інформації приватного характеру щодо себе та права на свободу вираження поглядів між собою.

Перша справа - це «Цу Гуттенберг проти Німеччини» (заява № 14047/16) стосувалася публікації у журналі «BUNTE» статті супроводжувану фотознімками нерухомості розташованої у Берліні та штаті Коннектикут (Сполучені Штати Америки), що належала колишньому міністру в уряді Федерального канцлера Ангели Меркель. Подружжя Цу Гуттенберг мотивували свою позицію фактом того, що не існувало переважаючого інтересу суспільства на ознайомлення з поданою інформацією. Остання, могла викликати інтерес лише серед вузького кола читачів. ЄСПЛ у своєму рішенні приділив увагу позиціям національних судів, в результаті чого прийшов до висновку, що заявник продовжує бути є громадським діячем певної популярності і тому не може претендувати на захист його право на недоторканність приватного життя як приватна особа, невідома громадськості (§ 28) [3]. Примітно, що заявник не займав будь-яких офіційних посад, утім бекграунд та чутки навколо можливого повернення у велику політику виявилось достатньо аби визнати його публічною фігурою. Тобто публічність має залишковий ефект і зберігається за особою на певний час навіть після закінчення обставин, з якими пов'язується набуття відповідного статусу, що на додаток до цього може відновлюватися, як у наведеній вище справі.

Іншою показовою справою з даного питання є «Компанія Плон» проти Франції». Заявником по справі виступала французка видавнича компанія «Плон», що придбала права на видавництво книжки «Велика таємниця» написаної особистим лікарем Президента Франції Франсуа Міттерана. Книжка стосувалася питань медичного обслуговування та реального стану здоров'я політика, що як виявилось приховувався від суспільства. Національні суди заборонили її розповсюдження та зобов'язали відшкодувати родині політика збитки, чим на думку видавництва порушили її право на свободу вираження поглядів (ст. 10 ЄКПЛ). У даному випадку окрім порушення недоторканності приватного життя через опублікування видавництвом подробиць історії хвороби, яка складає інформацію приватного характеру з ознаками таємниці накладається той факт, що оприлюднення цієї інформації відбулося внаслідок розкриття лікарської таємниці. Розглядаючи справу ЄСПЛ розширив значення лікарської таємниці поширивши її зміст на всю інформацію, яку лікар міг спостерігати або дізнатися, займаючись своєю професією, завдяки якій він і перебував поряд з політиком (§ 50) [4]. Тобто зміст професійної таємниці не обмежується виключно ввіреною інформацією, він може простягатися на всі факти, свідком яких особа стала при виконанні професійних обов'язків.

Разом із тим ЄСПЛ констатував, що з плином часу громадський інтерес до обговорення двох президентських строків Міттерана став превалювати над вимогами захисту прав щодо медичної конфіденційності. Особливо беручи до уваги, що 40 тис. примірників

книги було продано, а отже викладена в ній інформація втратила конфіденційний характер (§ 53) [4].

Надалі розглянемо дві справи з одним і тим же заявником, але діаметрально протилежними результатами. Перша справа 2004 р. - «Ганновер проти Німеччини» стосувалася намагань принцеси Князівства Монако - Кароліни не допустити публікації її фотографій таблоїді. Доводи заявника були відхилені німецькими судами, які не знайшли фактів порушення недоторканності приватного життя, оскільки Кароліна була публічною фігурою і мала терпіти публікацію подібних фото, навіть якщо вони не мали стосунок до службових обов'язків. Ці позиції були оцінені при розгляді справи в ЄСПЛ, який особливу увагу приділив декільком моментам: перше, фото були зроблені без відома та згоди заявника, шляхом переслідування викликаючи сильне почуття втручання у приватне життя, яке не можна повністю ігнорувати (§ 59,68); другим моментом є факт того, що статті та фотознімки та коментарі до них не спричинили будь-яких політичних або громадських дебатів, що становлять загальний інтерес (§ 64) [5]. Як і в справі «Компанія Плон» проти Франції» визначальним чинником виступає суспільний інтерес, який має характеризуватися не простою цікавістю окремих читачів, а загальним рівнем суспільної уваги до висвітленого питання. Фактично приватний інтерес відходить на другий план за умови набрання публічним інтересом відповідного рівня критичної маси.

Серед іншого ЄСПЛ також підтвердив, що опублікована інформація, зокрема фото зі сцен її повсякденного життя мають приватний характер, а сама заявниця залишається приватною особою, адже увага преси прикута до неї через членство в правлячій сім'ї, тоді як вона сама не виконує жодних офіційних функцій (§ 61-64) [5]. У даній ситуації навіть при визнанні незаконності способу подачі матеріалу, право громадськості на обізнаність щодо предмету не заперечується. Цей випадок доволі показовий з точки зору співвідношення очікуваного рівня охорони недоторканності приватного життя між публічними фігурами та пересічними громадянами, які зосереджують на собі кратно менший показник рівня суспільної уваги до власної персони.

Ще одна справа «Ганновер проти Німеччини № 2» стосувалася висвітлення трьох фотознімків. Публікація двох з них, які була заборонена федеральним судом з мотивів відсутності дебатів, що становлять загальний інтерес, що не стосувалося третього фотознімка, який супроводжувалася коментарями стосовно стану здоров'я принца Реньє. ЄСПЛ схвалив таку оцінку відзначивши, що інформація про хворобу принца представляє цінність для дебатів у суспільстві. Очевидно, що вказані твердження кореспондується висновками зробленими в справі «Компанія Плон» проти Франції».

Обґрунтовуючи свою позицію ЄСПЛ переглянув критерії співвідношення між повагою до приватного життя (ст. 8 ЄКПЛ) та свободою вираження поглядів (ст. 10 ЄКПЛ), розширивши останні до п'яти пунктів:

- 1) внесок цього матеріалу в дебати загального інтересу;
- 2) наскільки добре була відома особа та предмет доповіді;
- 3) попередня поведінка відповідної особи;
- 4) зміст, форма та наслідки публікації;
- 5) обставини, за яких було зроблено фото [6].

Тобто залежно від кожної конкретної справи враховується низка факторів для оцінки наявності або відсутності факту втручання в приватне життя відповідної публічної фігури. Більшість із яких несуть суб'єктивний характер, а тому аби віднайти подібну «точку рівноваги» необхідно враховувати всі аспекти в цілому. Починаючи від вкладу поширеної інформації у публічні дискусії і закінчуючи обстановкою за якої здійснено втручання. За сукупністю всіх факторів дана модель окрім правових висновків дозволяє також збалансувати рівнозначні цінності та підкреслює їх неабсолютний характер.

Отже, підводячи підсумки слід підкреслити, що проаналізовані рішення становлять лише незначну частину справ розглянутих ЄСПЛ, предметом яких виступали питання пов'язаних із фактами втручання в приватне життя публічних фігур та поширенням різного

роду інформації приватного характеру стосовно них. Проте, навіть керуючись лише даною практикою справедливо відзначити, що право на повагу до приватного життя за умови існування до нього суспільного інтересу характеризується нерівномірністю свого забезпечення по колу осіб. Така ситуація не обов'язково є маркером нехтування відповідних цінностей, адже лежить в площині іншої ціннісної категорії, пов'язаного із свободою вираження поглядів та правом бути поінформованим. В результаті цього одним із завдань профільних законів має полягати в підтримці точки рівноваги між публічним та приватними інтересами на основі збалансування окреслених прав між собою. Як показала практика ЄСПЛ така рівновага досягається за рахунок врахування низки факторів, що оцінюються з огляду на обставини кожної конкретної справи. Вірогідно в послідуячому даний перелік буде змінюватися та конкретизуватися для більш зручного оперуванням ним. Проте подібний інтерпретаційний чинник має братися до уваги в правозастосовній практиці, адже дозволяє рівнозначно враховувати різні інтереси існуючі в демократичному суспільстві без звуження прав і свобод людини.

Література

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Міжнародний документ від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
2. Резолюція 1165 (1998) право на приватність. Рада Європи. Комітет Міністрів. URL: <https://cedem.org.ua/library/rezolyutsiya-1165-1998-pravo-na-pryvattnist/>.
3. Дело «Карл-Теодор цу Гуттенберг против Германии». Решение. Европейский Суд по Правам Человека (Пятая секция) от 25 июня 2019 года. URL: <http://european-court-help.ru/delo-14047-16-karl-theodore-tcu-guttenberg-protiv-hermanii/>.
4. Справа «Компанія Плон» проти Франції». Рішення Європейського суду з прав людини від 18.05.2004. Страсбург. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_331.
5. Case of Von Hannover v. Germany. The European Court of Human Rights 24 June 2004. Strasbourg. Applications no. 59320/00. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61853>.
6. Case of Von Hannover v. Germany (No.2). The European Court of Human Rights 07 February 2012. Strasbourg. Applications nos. 40660/08 and 60641/08. URL: <https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2018/03/Von-Hannover-v-Germany-Case-Nos.-4066008-and-6064108-2012-E.M.L.R.-16.pdf>.

Персональні дані як специфічна категорія об'єктів цивільних правовідносин: юридична характеристика

Худолій Т.І., викладач

*Полтавський фаховий коледж Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

Серед усього існуючого розмаїття індивідуалізації особливо потребує особа як основний суб'єкт споживання даних з інформаційного простору. Що ж таке індивідуалізація.

Із точки зору правової науки індивідуалізація розглядається в широкому і вузькому сенсі. У широкому - таке явище охоплює собою всі основні і специфічні характерні ознаки фізичної особи, що знаходять свій вияв в її особистих немайнових правах, про які вже йшлося в першому підрозділі [6, с. 410]. Окрім того, що всі немайнові права так чи інакше переслідують мету розвитку й забезпечення виокремлення особи серед інших індивідів, існує також окрема група таких прав, які спрямовані на безпосереднє закріплення індивідуальності людини [5, с. 110]. Серед них, перш за все, право громадянина на ім'я, його право на честь, гідність і ділову репутацію, а також його право на індивідуальну зовнішність і голос (статті 294-300 Цивільного кодексу). Саме ці конкретні права характеризують поняття індивідуалізації у вузькому сенсі [3].

Персональні дані становлять окрему групу індивідуалізуючої інформації про особу. У свою чергу, їх можна згрупувати таким чином:

1) дані-ідентифікатори. До них можемо віднести справжнє ім'я особи, псевдонім, поштова та електронна адреси, будь-який інший унікальний персональний ідентифікатор, IP-адреса, ім'я облікового запису (мережевого профілю), номер соціального страхування, номер водійського посвідчення, номер паспорта (українського та закордонного) та ідентифікаційного коду тощо. Цілком очевидним є той факт, що незаконне збирання й розповсюдження таких даних може мати вкрай тяжкі наслідки у вигляді кримінально- та цивільно-правової відповідальності. Саме ці дані можуть стати знаряддям вчинення різних кібер-злочинів, про що й стало відомо, наприклад, у травні 2020 року. Тоді було виявлено, що закритий канал в одній із популярних соціальних мереж вже тривалий час здійснює торгівлю персональними даними клієнтів онлайн-банкінгового сервісу «Дія», а саме водійськими посвідченнями українців [4].

2) біологічні та соціологічні ідентифікатори, такі як раса, колір шкіри, стать, вік (40 і старше), віросповідання, національне походження, інвалідність, статус громадянства, генетична інформація, сімейний стан, сексуальна орієнтація та самоідентифікація, стан здоров'я, інфекційні хвороби, військовий або ветеранський статус, політичні переконання або приналежність, статус жертви домашнього насильства, нападу чи переслідування. Такі дані, зазвичай, використовуються в цілях маркетингового просування того чи іншого продукту. Використовуючи, так звану, таргетовану (від англ. target — ціль) рекламу в соціальних мережах, компанії застосовують спеціальний рекламний механізм, який дозволяє виділити з усієї аудиторії лише цільову (на основі зібраних даних щодо інтересів, уподобань, категоріальної приналежності тощо) й показати рекламу саме їй [7].

3) будь-які категорії особистої інформації, такі як номер страхового полісу, освіта, зайнятість, історія зайнятості, номер банківського рахунку, номер кредитної картки, номер дебетової картки або будь-яка інша фінансова інформація;

4) комерційна інформація, включаючи відомості про особисте майно (на праві власності та користування), придбані чи отримані продукти та послуги;

5) біометрична інформація. Незважаючи на вкрай особливий характер такої інформації, у світі фактично не існує жодних правових положень, що стосуються захисту біометричних даних. Натомість, юридичні акти спираються на положення, що стосуються захисту персональних даних та конфіденційності в широкому розумінні. Але таке законодавство іноді виявляється слабко адаптованим до біометричних даних [8];

б) будь-яка інша інформація щодо активності у соціальних мережах, зокрема, проте не виключно, історія переглядів, історія пошуку та інформація щодо взаємодії особи з веб-сайтом, додатком чи інтернет-рекламою. Збирання, обробка і поширення цього типу персональних даних також здійснюється з метою налаштування цільової реклами для популяризації конкретного продукту (див. пункт 2 вище);

7) дані геолокації також з легкістю «допоможуть» вам знайти заклад поблизу, який би міг вас зацікавити, у комбінації з історією вашого пошуку в будь-якому браузері, і «допоможуть» компаніям-перевізникам знайти вас на мапі, навіть, якщо ви цього не бажали.

Науковці розрізняють чотири важливих «домени», які окреслюють взаємодію спеціального суб'єкта із отримуваними даними фізичних осіб, а саме:

- ідентифікація даних – як процес співставлення конкретної особи зі специфічними ідентифікуючими її ознаками;
- розуміння даних – з'ясування мету збору/обробки даних, відсіювання обов'язкових від необов'язкових відомостей;
- рефлексивність даних;
- тактика і використання даних (методи і прийоми застосування й використання персональних даних для вирішення тих чи інших завдань).

Таким чином, здійснивши якісний та кількісний зріз отриманої інформації з будь-якої з перерахованих вище категорій у цьому підрозділі, цілком реальним буде створення повноцінного профілю споживача, що відобразить його споживчі вподобання, соціальні

характеристики, психологічні тенденції, схильності, поведінкові звички, міжособистісні зв'язки та рівень його інтелектуального розвитку.

Оскільки все більше процесів з соціально-економічної сфери відбувається в режимі онлайн, важливість конфіденційності та захисту персональних даних все більше усвідомлюється як законодавцями, так і пересічними громадянами.

На сьогодні вже понад 120 країн світу в тому чи іншому обсязі ратифікували норми міжнародного законодавства про конфіденційність та захист персональних даних фізичних осіб, зробивши їх частиною національного законодавства, задля забезпечення суворішого захисту та здійснення пильного контролю у цій сфері. Це, у свою чергу, стимулює продовження розвитку й подальшу модернізацію міжнародно-правової нормотворчої діяльності.

Пропонуємо розглянути деякі міжнародно-правові акти щодо забезпечення конфіденційності та захисту персональних даних фізичних осіб і з'ясувати їх значення.

Із 2012 року законодавчою базою у сфері захисту персональних даних став так званий Загальний регламент про захист даних (GDPR), який було прийнято з метою посилення стандартів захисту даних в Європейському Союзі та оновлення положень Загальної директиви ЄС. Наприкінці грудня 2015 року між Європейським Парламентом, Радою та Комісією ЄС було досягнуто згоди щодо цього документа. У квітні 2016 року остання версія GDPR була затверджена Радою Європейського Союзу та Європейським Парламентом. Зрештою, офіційний текст GDPR був опублікований в Офіційному віснику ЄС 4 травня 2016 року. Відповідно до статті 99 GDPR, державам-учасникам надається дворічний перехідний період, починаючи з дати його введення в дію (24 травня 2016 року). Таким чином, держави-члени мали привести національне законодавство у відповідність до 25 травня 2018 року.

У 2018 році Загальний регламент про захист даних вийшов на перший план як найперспективніший та найдокладніший засіб правового забезпечення захисту персональних даних й його перманентної безпеки. Цей документ є міжнародним актом про захист конфіденційності, який поширює свою дію на будь-яку юридичну особу, яка обробляє будь-які персональні дані будь-якого громадянина Європейського Союзу.

Цим Регламентом встановлено своєрідний стандарт і сформульовано тенденції, які домінують у цій галузі сьогодні.

Урешті-решт, захист даних фокусується на захисті відомостей та інформації як від внутрішніх, так і від зовнішніх загроз. Він зменшує ризики шахрайства, незаконного розповсюдження (витоку) даних та проявів корупції в державах, де відбулася його ратифікація.

Безумовно, окрім Регламенту, важливість забезпечення права особи на захист власних даних ще раніше підкреслювалася статтею 8 Хартії основних прав Європейського Союзу, якою на держав-членів покладається обов'язок повністю поважати це право та контролювати його дотримання. Оскільки Хартія набула чинності ще у 2000 році, в європейському суспільстві було встановлено прийняття захисту даних як одне з основних прав громадян [2].

Очевидно, що Україна як правова держава тільки тяжіє до активного впровадження новітніх концептів та механізмів захисту прав людини і громадянина в усіх сферах життєдіяльності, зокрема в Інтернет-середовищі. Так, уряд нашої країни, схваливши Концепцію розвитку електронного урядування в Україні [1], зазначив, що одним із пріоритетних напрямків розвитку України є розбудова інформаційного суспільства, орієнтованого на інтереси людей, відкритого для всіх і спрямованого на формування інноваційної моделі розвитку висо-котехнологічного суспільства, у якому кожен громадянин має можливість створювати, накопичувати інформацію та знання, мати до них вільний та безперешкодний доступ, користуватися та обмінюватися ними, щоб надати змогу кожній особі в повній мірі реалізувати свій соціальний потенціал для забезпечення особистого й суспільного розвитку та підвищення якості життя в державі в цілому.

Ми живемо в той час, коли проблеми, пов'язані із захистом персональних даних, характеризуються помітно суперечливим підходом як до визначення самого поняття, так і до

конкретного механізму реалізації. Безперечно, зростає обізнаність спільноти про важливість захисту даних не лише в контексті захисту приватного життя, але й інших свобод. Цей підхід відображається у багатьох національних та міжнародних документах, перш за все, в Хартії основних прав Європейського Союзу, де захист даних визнається основним, автономним правом. Тим не менше, все важче поважати це загальне припущення, оскільки вимоги внутрішньої та міжнародної безпеки, ринкові інтереси та реорганізація державної адміністрації спрямовуються на зменшення відповідних гарантій або просування основних гарантій до зникнення.

Песимістичність прогнозу в цій сфері може стосуватися строків імплементації міжнародного законодавства (у досліджуваній сфері) в Україні, із погляду на те, як повільно відбувається приведення у відповідність ключових положень національного законодавства до вимог Європейського Союзу та ін.

Література

1. Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні : Розпорядж. Каб. Міністрів України від 20.09.2017 р. № 649-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-p>(дата звернення: 04.08.2021).
2. Хартія основних прав Європейського Союзу : Хартія Європ. Союзу від 07.12.2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524(дата звернення: 04.08.2021).
3. Волкова Н. В. Засоби індивідуалізації фізичних осіб (окремі аспекти). *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. № 39. URL: <http://www.apdp.in.ua/v39/42.pdf>(дата звернення: 04.08.2021).
4. Додаток "Дія" звинуватили у "зливі" персональних даних українців. Влада заперечує - BBC News Україна. *BBC News Україна*. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-52636988>(дата звернення: 04.08.2021).
5. Малейна, М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита : монография / М.Н. Малейна. - Москва : МЗ Пресс, 2000. 242 с. ISBN 5-94073-001-7
6. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія. Київ : КНТ, 2008. 626 с.
7. Таргетована реклама в Фейсбук, Інстаграм: замовити таргетовану рекламу в соцмережах, Київ. *Ланет CLICK | Digital-агентство*. URL: <https://lanet.click/smm/target-ads-in-social-networks/>(дата звернення: 04.08.2021).
8. Biometric data and privacy laws (GDPR, CCPA/CPRA). *Thales Group*. URL: <https://www.thalesgroup.com/en/markets/digital-identity-and-security/government/biometrics/biometric-data>(date of access: 04.08.2021).

Верховенство права та «належне управління» в Україні: необхідні зміни та перспективи розвитку

Яїцька Д.І., аспірантка

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Верховенство права є фундаментальною засадою всіх видів організаційно-розпорядчої та «сервісної» діяльності держави. Не винятком стала й концепція «належного управління», що тільки починає формуватися в національній адміністративній сфері. При цьому, перші кроки в реалізації цієї концепції вже свідчать про необхідність внесення певних змін у нормативно-правове регулювання.

Варто зазначити, що концепція «належного управління» в зарубіжних країнах не розуміється лише як ідеал, якого варто прагнути. Дослідниками розроблено чіткі критерії (компоненти) індексу належного врядування та конкретна формула, що дозволяє розрахувати рівень забезпечення «належного управління» в тій чи іншій системі. До таких компонентів належать, зокрема, політична свобода, політична стабільність, ефективність

судочинства, ефективність державної служби, зменшення рівня корупції, розвиток суспільства, незалежність національного банку, рівність розподілу доходів тощо.

На усіх рівнях управління (глобальному, європейському, національному, регіональному та місцевому) мають застосовуватися принципи «належного управління», що корелюються з вимогами верховенства права та демократії [1, с. 36-40].

У цьому контексті варто звернути увагу на європейські стандарти «належного управління», що сформульовані в документі Програми SIGMA «Принципи державного управління» 2017 року. Ці «Принципи» охоплюють ключові рівні системи управління та визначають його загальну ефективність:

1. Стратегія реформування державного управління.
2. Розробка і координація політики.
3. Державна служба та управління людськими ресурсами.
4. Підзвітність.
5. Надання послуг.
6. Управління державними фінансами.

Серед принципів передбачено, що законодавство та політика повинні розроблятися інклюзивно, тобто із забезпеченням активної участі всіх представників суспільства, та дозволяти донесення їхніх різних поглядів до уряду. Крім того, законодавство має бути однорідним за структурою, стилістикою та мовою. Держава має забезпечити запровадження дієвих механізмів захисту права особи на належне управління, що визначене в Хартії основоположних прав Європейського Союзу та порушення якого тягне за собою порушення фундаментальної засади верховенства права в цілому [2].

Публічна адміністрація має уникати подвійного, суперечливого регулювання або його відсутності. Із цією метою впроваджуються новітні технології та методи дослідження стану публічного адміністрування. Наприклад, наразі демонструють ефективність функціональні обстеження роботи того чи іншого органу (відділу, сектору, управління), що дозволяють виявити дублювання функцій, прогалини в правовому регулюванні, зайву компетенцію, зайвий штат службовців та ін. Вважаємо за потрібне та прогнозуємо позитивні результати здійснення періодичних офіційних функціональних обстежень за правилами контрольно-наглядової процедури. Серед підстав для функціонального обстеження слід окремо визначити обґрунтовану пропозицію громадянина (громадськості).

У контексті забезпечення такого принципу «належного управління», як реальна участь громадян у політичних процесах, управлінні державними справами та право особи бути вислуханою, особливого значення набуває дотримання (верховенство) прав людини, що є одним із ключових елементів верховенства права.

На сьогоднішній день в Україні формується партисипативний механізм у сфері публічного адміністрування (від англ. «to participate» – брати участь), основним завданням якого є дотримання балансу приватного та публічного інтересів за рахунок активної участі представників громадськості в управлінні державою. У теорії публічного адміністрування виокремлюється дві моделі партисипативного механізму, що сформовані залежно від ініціатора взаємодії (інтерації) суб'єкта владних повноважень із представником населення. Відповідно перша модель передбачає ініціацію взаємодії органами публічної влади (інформування, уповноважені, зустрічі, консультації з громадськістю, експертні громадські ради тощо), а друга – громадянами (звернення, у тому числі електронні петиції, інформаційні запити, громадська ініціатива, громадські слухання, громадська оцінка та ін.).

Незважаючи на стрімкий розвиток публічного адміністрування та появу широкого спектру варіантів участі громадян в управлінні державними справами, наразі механізми реалізації права на участь залишаються ускладненими та формалізованими. А деякі види партисипативних відносин, навпаки, досі не знайшли належного нормативного врегулювання. Ураховуючи зазначене, вважаємо за потрібне прийняття окремого законодавчого акта, в якому було б в узагальненому вигляді визначено механізми та гарантії, що дозволяють громадянам взяти безпосередню участь у публічному адмініструванні.

Окрім того, сьогодні механізми участі громадськості в управлінні державними справами другої моделі (тобто за ініціативою приватних осіб) не є широко розповсюдженими та не використовуються з тією активністю, з якою передбачається задля налагодження зв'язків «держава-громадянин». Причинами такого ставлення громадян до свого права бути учасником державної діяльності та діяльності органів місцевого самоврядування та самостійно вирішувати найбільш значущі для суспільства питання є закритість суб'єктів владних повноважень, відсутність або недостатність інформування громадськості про їхні права та можливості, ускладненість комунікації [3, с. 53-64].

Певним кроком уперед на шляху до забезпечення верховенства прав людини та реальної участі громадськості в управлінні державними справами стало сприйняття та поступове втілення в Україні концепції цифровізації, цифрового розвитку та цифрової економіки. Зокрема, з метою запровадження цифрових технологій в усі сфери суспільного життя було схвалено Концепцію розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки [4]. Створено Міністерство цифрової трансформації України. Окрім того, розроблено та вдосконалюється портал «ДІЯ», що цілком відповідає ідеї «держави в смартфоні» та має широкий функціонал.

На сьогоднішній день позитивним прикладом упровадження новітніх технологій та популяризації партисипативних відносин є Міністерство юстиції України. Серед можливостей для громадян на офіційному веб-сайті органу:

1) надається контактна інформація керівництва, окремих управлінь, відділів та секторів, прес-центру, а також телефони гарячих ліній та call-центру, за якими можливо отримати консультацію або звернутися до Мін'юсту та його головних територіальних управлінь у порядку, встановленому Законом України «Про звернення громадян»;

2) окремим напрямом діяльності на сайті визначено комунікацію зі ЗМІ та громадськістю, де містяться роз'яснення з важливих питань, що входять до компетенції Мін'юсту;

3) у структурі Мін'юсту діє Департамент комунікації, документообігу та контролю, який здійснює роботу зі зверненнями громадян, у тому числі електронними зверненнями; у відповідному розділі сайту зазначено адресу електронної пошти Департаменту, на яку громадяни можуть надсилати свої пропозиції, зауваження, заяви та скарги;

4) окрім можливості звернення на електронну пошту Мін'юсту, сайт містить онлайн-форми всіх видів звернень громадян, яка включає в себе інформацію про особу, що звертається, тип звернення та власне його текст. Такі електронні звернення громадян мають однаковий статус з письмовими та усними зверненнями та є обов'язковими до розгляду у визначені законом строки;

5) сайт передбачає можливість подання інформаційного запиту до Мін'юсту, його структурних підрозділів та підвідомчих установ у порядку Закону України «Про доступ до публічної інформації» усно, письмово, на електронну пошту або шляхом заповнення онлайн-форми [5].

Розвиненість веб-сайту того чи іншого органу державного управління та його відповідність сучасним вимогам визначається за такими основними критеріями, як оперативність оновлення інформації, її актуальність, інформативність та інтерактивні можливості веб-сайту.

Таким чином, сьогодні набирає обертів така форма участі громадян в управлінні державними справами, як взаємодія з суб'єктами публічного адміністрування в режимі онлайн, розширюється коло послуг, які особа може отримати через мережу Інтернет, у тому числі послуг із доступу до необхідної інформації про діяльність органів влади. Варто зазначити, що на шляху втілення в національній системі концепцій електронної демократії та електронного врядування мають значення не лише ресурсне та технологічне забезпечення, а й активна позиція суб'єктів взаємодії.

Участь громадян в управлінні державними справами в режимі онлайн має активно пропагуватися та заохочуватися самою державою та ґрунтуватися на таких принципах, як

взаємоповага між усіма суб'єктами, повага до позиції органів публічної влади, на яких лежить відповідальність і підзвітність за прийняття рішень, відкритість, прозорість і підзвітність, оперативність, недискримінація та інклюзивність, гендерна рівність і рівноправна участь усіх груп, зокрема тих, що мають особливі інтереси та потреби, доступність тощо [6, с. 229-232].

На шляху до електронізації та цифрового розвитку національна правова система стикнулася з новою проблемою – забезпечення доступності цифрових можливостей для всіх без винятку громадян України. Виникли поняття «цифрова неграмотність», «цифрова бідність», а з ними й конфлікт із верховенством права, що вимагає дотримання прав людини, рівності та недискримінації, толерантності та доступності засобів правового захисту. Із цією проблемою стикалися всі розвинуті суспільства світу, проте слід сказати, що технології мають працювати для людини, а не ускладнювати її життя. Наразі неможливо повною мірою перейти на електронну взаємодію «громадянин-держава», адже існує загроза порушення прав людини. У цьому контексті слід згадати обов'язок держави забезпечити всім своїм громадянам гідний рівень життя.

Отже, в умовах стрімких змін і перетворень у системі та процесі публічного адміністрування особливого значення набуває дотримання всіх елементів верховенства права, що ще раз підтверджує необхідність чіткого, однозначного та уніфікованого закріплення його вимог на рівні закону. Жодні адміністративні реформи та перехідні періоди в правовому регулюванні не мають бути аргументом для порушення фундаментальної засади верховенства права. Прогалини в правовому регулюванні не повинні залишати справу особи невіршеною, а її – невислуханою, адже проголошення принципу верховенства права достатньо для оскарження порушеного права.

Література

1. Пухтецька А. А. Запровадження принципів та стандартів належного управління у діяльності публічної адміністрації. *Наукові записки*. Том 103. Юридичні науки. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/3840/Pukhtetska_Zaprovadzhenia_pryntsypiv.pdf?sequence=1
2. SIGMA. Принципи державного управління. 2017 р. URL: <http://www.sigmaxweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-Overview-2017-Ukrainian.pdf>
3. Лученко Д. В. Електронна петиція як форма оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів публічної влади. *Право України*. 2018. №11. С. 53-64
4. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 67-р від 17.01.2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text>
5. Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України. URL: <https://minjust.gov.ua/>
6. Яїцька Д. І. Взаємодія органів публічної влади із громадянами в режимі онлайн: сучасний стан та перспективи. *Публічне адміністрування в умовах змін та перетворень: проблеми організації та правового забезпечення*: зб. наук. пр. за матеріалами IV Міжнар. наук.- практ. конф. Харків: Право, 2020. 522 с.

Громадські ради у правоохоронній діяльності: постановка проблеми

Яремович О.І., адвокат

На сучасному етапі побудови в Україні правової держави особливого значення набуває розвиток інститутів громадянського суспільства. Триваюча в державі адміністративно-правова реформа спрямована, зокрема, на удосконалення правоохоронної системи, у тому числі й з позиції підконтрольності її суспільству. Держава, будучи гарантом успішної реалізації та охорони прав і свобод людини та громадянина за допомогою органів

влади, сприяє зміцненню зав'язків органів державної влади з населенням, громадськими об'єднаннями. Досвід правоохоронної діяльності в Україні показує, що вона ефективна тільки за підтримки та довіри суспільства, створення партнерських відносин між цими органами державної влади і населенням. Правоохоронні органи виступають одним з основних елементів правоохоронної системи, по діяльності яких суспільство оцінює ефективність реалізації правоохоронної функції держави, оскільки громадяни при захисті своїх прав та у випадках їх порушення взаємодіють саме із співробітниками цих органів. Відповідно до цього, актуальність дослідження питань, що стосуються діяльності громадських рад при правоохоронних органах, не викликає сумнівів.

Як наголошують вчені, у сучасних умовах головні правоохоронні функції та істотні ознаки правоохоронної діяльності можуть належати окремим інститутам громадянського суспільства [1, с. 230]. Справді, на сучасному етапі розбудови правоохоронної системи України значний інтерес становить місце в ній та правовий статус суб'єктів, які здійснюють діяльність, що має деякі ознаки правоохоронної, зокрема йдеться про недержавну охоронну, приватну детективну й інші види діяльності, зміст яких так чи інакше співвідноситься з функціями працівників правоохоронних органів. Досягнення реалізації принципів законності та верховенства права потребує, щоби функції таких суб'єктів та їхній правовий статус були несуперечливо та детально визначені в законах і підзаконних правових актах для того, щоб у будь-якій ситуації були зрозумілі межі їхньої активності, можливість настання юридичної відповідальності тощо [2, с. 65].

Після Революції Гідності вже маємо гарні приклади Рад громадського контролю при НАБУ та ДБР, Громадської ради при АРМА, які передбачені відповідними законами, – вони принаймні намагаються здійснювати не формальний, а реальний контроль. Як мінімум, ради при цих органах делегують своїх представників до дисциплінарних комісій. Це значний вплив на якість державної служби, який забезпечує її підзвітність та зменшує прояви тиску керівників на підлеглих [3].

Безумовно, громадські ради при правоохоронних органах є, поряд з громадянами України, громадськими об'єднаннями одними із основних суб'єктів громадського контролю за роботою правоохоронних органів. Правовою основою діяльності громадських рад є ч. 1, ст. 38 Конституції України (громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами) [4]. Діяльність громадських рад при правоохоронних органах в деякій мірі регламентована підзаконними нормативними правовими актами (зокрема Постанова Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики (зі змінами)» [5], що свідчить про серйозну увагу з боку держави за розвитком інституту громадського контролю в Україні.

Громадські ради при державних органах є консультативно-дорадчими органами, створеними для сприяння участі громадян у формуванні та реалізації державної політики. Та де-факто вони цього не роблять через відсутність дієвих інструментів. Саме тому, на наш погляд, в межах подальшої побудови в Україні правової держави вважаємо обґрунтованим розглянути питання щодо реалізації низки заходів, спрямованих на підвищення ефективності діяльності громадських рад при правоохоронних органах. На нашу думку, з позиції реалізації передбачених чинним законодавством таких принципів діяльності правоохоронних органів, як «відкритість і публічність», «суспільна довіра і підтримка громадян», «використання досягнень науки і техніки, сучасних технологій та інформаційних систем» доцільним буде наступне:

1) розширити повноваження громадських рад з метою всебічної оцінки діяльності правоохоронних органів;

2) громадським радам здійснювати ретельні дослідження думки населення щодо діяльності правоохоронних органів, які повинні бути покладено в основу оцінки ефективності такої діяльності і слугувати передумовою прийняття управлінських рішень, у тому числі і кадрових;

3) проводити періодичні звіти керівників правоохоронних органів перед громадськими радами про результати діяльності із запрошенням представників населення, що проживає на території, що обслуговується;

4) розвивати і вдосконалювати інформаційні системи в правоохоронних органах, що дозволяють в дозволених законом межах відображати їх діяльність в мережі Інтернет, а також полегшують взаємодію між громадянами і посадовими особами правоохоронних органів з позиції отримання будь-якої інформації за допомогою електронного обігу.

Також слід закріпити принципи взаємодії правоохоронних органів з громадськими радами, до яких можна віднести: самостійність сторін; довіра один до одного; добровільність і чіткий розподіл ролей; взаємна відповідальність за виконання всіх прийнятих рішень; відкритість, тобто надання один одному необхідної інформації про існуючі проблеми і завдання, які стоять перед правоохоронними органами; узгодженість в спільній роботі; консолідація зусиль; узгодженість дій і врахування позиції іншої сторони; використання результатів зусиль кожної із сторін для спільного вирішення проблем у правоохоронній сфері.

До форм взаємодії правоохоронних органів з громадськістю можна віднести: оперативний обмін позитивним досвідом; підготовка аналітичних оглядів, інформаційних листів, рекомендацій для правоохоронних органів; узагальнення практики з окремих напрямків правоохоронної діяльності; участь у вдосконаленні державної правоохоронної політики; координація зусиль при виконанні програм щодо захисту прав і свобод різних категорій громадян; збір інформації про факти порушення прав і свобод, різних форм дискримінації та насильства щодо громадян; сприяння правоохоронним органам у зборі статистичних даних, проведення досліджень з проблем дотримання прав людини та реалізації принципу верховенства права; сприяння підвищення юридичної грамотності населення; створення спеціалізованих соціальних служб (кризові центри, багатопрофільні центри, телефони довіри); організація моніторингу проблем захисту прав і свобод громадян; спільна підготовка та внесення в установленому порядку пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства України у сфері правопорядку і забезпечення соціально-правового захисту громадян; участь в розробці та експертизі проектів законодавчих та підзаконних нормативних актів з точки зору забезпечення інтересів і охорони прав громадян; співробітництво при проведенні заходів державного та місцевого значення, орієнтованих на підтримку правоохоронних ініціатив тощо.

Консультації з громадськістю проводяться з питань, що стосуються суспільно-економічного розвитку держави, реалізації та захисту прав і свобод громадян, задоволення їх політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. В обов'язковому порядку проводяться консультації з громадськістю щодо: проектів нормативно-правових актів, що мають важливе суспільне значення і стосуються конституційних прав, свобод, інтересів і обов'язків громадян, а також актів, якими передбачається надання пільг чи встановлення обмежень для суб'єктів господарювання, здійснення повноважень місцевого самоврядування, делегованих органам виконавчої влади відповідними радами; проектів регуляторних актів; проектів державних і регіональних програм економічного, соціального і культурного розвитку, рішень стосовно стану їх виконання; звітів головних розпорядників бюджетних коштів про їх витрачання за минулий рік [6, с. 19]. З огляду на це, дослідники пропонують для забезпечення ефективного функціонування системи громадських рад при правоохоронних органах ужити таких заходів: навчання членів регіональних громадських рад єдиним стандартам та формам співпраці громадськості та правоохоронних органів; визначення Національної стратегії функціонування громадських рад; узагальнення рішень громадських рад; моніторинг діяльності громадських рад; розробка рекомендацій щодо оптимізації роботи громадських рад; розробка стандартів роботи громадських рад у вигляді громадських приймалень (розробка положення, основних напрямів роботи), мобільних груп (створення механізму взаємодії та реалізації результатів діяльності мобільних груп через

систему громадських рад), незалежного вивчення громадської думки щодо оцінки населенням діяльності правоохоронних органів [7, с. 340-341].

Таким чином, резюмуючи вищевикладене можна констатувати, що громадські ради при правоохоронних органах виступають одним з елементів громадянського суспільства в аспекті його взаємодії з органами державної влади загалом, а їх функціонування зумовлено здійсненням такого виду контролю за діяльністю правоохоронних органів, як громадський контроль. З огляду на це, вважаємо, що розглянуті вище організаційно-правові заходи щодо удосконалення діяльності громадських рад при правоохоронних органах будуть сприяти подальшому розвитку громадянського суспільства в Україні, а також більш ефективній реалізації правоохоронної функції держави.

Література

1. Юрко С.С. Стан та перспективи розвитку недержавної правоохоронної діяльності в Україні. *Митна справа*. 2013. № 10. С. 229–234.
2. Мулявка Д. Г. Сутнісні ознаки недержавної правоохоронної діяльності (на прикладі приватної детективної та недержавної охоронної діяльності). *Правова позиція*. 2020. № 1 (26). С. 64–67.
3. Золотар С. Косметичний ремонт громадських рад, або Як (не)змінити правила гри. *Українська правда*. 20 лютого 2019. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2019/02/20/7207196/>
4. Конституція України від 28 червня 1996 року. URL:
5. Постанова Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики (зі змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-%D0%BF#Text>
6. Волошина А. В. Ефективна організація роботи громадської ради: метод. рек.; Укр. незалеж. центр політ. дослідж. К.: Агентство «Україна», 2011. 76 с.
7. Вичалківський І. В. Особливості діяльності громадських рад в правоохоронних органах. *Наукові розвідки з державного та муніципального управління*. 2014. № 1. С. 334-342.

*Наукове видання
(українською мовою)*

„АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ”

Тези доповідей
Міжнародного
науково-практичного конгресу
м. Запоріжжя, 7-8 жовтня 2021 р.

Відповідальний за випуск: Коломоєць Т.О.
Відповідальний редактор: Макаренко О.Л.
Технічний редактор: Шиванова М.Г.
Комп'ютерна верстка: Шиванова М.Г.
